JOSÉ LUIS
CASTILLO ALVA

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL I

GRIJLEY

LOLI & PORTOCARR
ABOGADOS

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2008, *Derecho Penal. Parte Especial I*
© 2008, José Luis Castillo Alva
© 2008, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-06154
ISBN: 978-9972-04-187-7

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

GRIJLEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TFs: 427 3147 / 337 6449
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
TF: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

GRIJLEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 920 6694
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRIJLEY CHICLAYO
San José 1067
TF: 204 146
chiclayo@grijley.com

GRIJLEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
TF: 288 379 C: (054) 929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

A mi esposa María Alexandra,
la mujer que pulverizó mi corazón
y creó mi alma

A mi hija María José,
luz que rompe la oscuridad,
voz que vence al silencio,
y que personifica la inocencia
y el amor de familia

A mi madre Luzmila,
ejemplo de abnegación y sacrificio por sus hijos,
porque siempre seré deudor insolvente
frente a la prestación infinita de su cariño

PRESENTACIÓN DEL AUTOR

1. La publicación de este libro responde a un plan ambicioso que es el de dotar al Perú de una obra orgánica y meditada sobre los aspectos más relevantes y problemáticos de la parte especial del Derecho penal que articule y armonice los desarrollos legislativos, los aportes de la doctrina, nacional y comparada y el estudio de la jurisprudencia peruana.

Se trata de un esfuerzo ingente y de un compromiso inquebrantable cuyo único propósito es contribuir a la mejora de nuestra administración de justicia y al debate académico en la aplicación de los diversos temas que componen la materia y que en este volumen se limita al estudio de los delitos contra la vida.

2. Soy consciente que no estamos frente a un trabajo efímero y circunstancial, sino a una labor que requiere tal vez toda una vida de pasión y trabajo por el Derecho penal y por el país. Dicha labor recién empieza y mantengo la esperaza de llevarla a buen puerto con la ayuda de Dios, y si las fuerzas me faltasen cuento con el desprendimiento de otros penalistas peruanos que seguramente ingresarán como coautores de la obra en los siguientes tomos.

No ofrezco la culminación de la obra en un número determinado de tomos o volúmenes –si de algo estoy seguro es sobre mi permanente error para los cálculos y los números– sino empeño constante en el ámbito tan particular del Derecho penal con el fin de cumplir la meta trazada.

3. Esta obra se caracteriza, en primer lugar, por dar cuenta del panorama general de los temas que se abordan, discutiendo y planteando los problemas específicos y las eventuales soluciones dogmáticas y político-criminales.

En segundo lugar, por utilizar la dogmática peruana sin que ello implique ignorar la doctrina comparada en lo que fuera pertinente al comentario de nuestra ley. No creemos que sea correcto sostener en contramarcha con la globalización del conocimiento un chauvinismo científico como si el Perú fuera una isla en el desarrollo de la dogmática penal.

Finalmente, por utilizar, discutir y comentar la jurisprudencia nacional y los problemas resueltos con el fin de valorar la recepción de los planteamientos dogmáticos y la solución particular, sea de justicia material o de construcción sistemática que aparezcan.

Para facilitar la lectura y la ubicación de la problemática tratada se ha empleado la mayor titulación y subtitulación posible, lo cual viene también impuesto por la dimensión de la obra.

Asimismo, si algo preside la propuesta del libro y la reelaboración de algunos aspectos anteriormente publicados es la búsqueda de la claridad y sencillez expositiva, tratando de plasmar que «todo lo que puede ser pensado puede ser dicho con claridad».

4. Los destinatarios del libro son el cuerpo de la magistratura del Perú (jueces y fiscales de todas las instancias), los abogados defensores y los estudiantes universitarios que buscan salir de la rutina de la simple aprobación del curso y de lograr conocimientos elementales de la materia.

San Miguel, 20 de abril del 2008

AGRADECIMIENTOS

Debo expresar mi gratitud a mis amigos: Augusto Loli Carrillo, por compartir la fe en una justicia mejor; Percy García Cavero, brillante penalista y amigo sincero; Carlos Ávalos Rodríguez, por todos estos años de amistad que hemos recorrido; Percy Revilla, por su incondicional apoyo; y Percy Eduardo León Alva, mi hermano, por su cariño y solidaridad desde siempre. Asimismo, debo testimoniar mi afecto y agradecimiento a todos los miembros del Estudio Loli & Portocarrero, en especial a mi asistente Julio Morales.

A todos los amigos magistrados que con su talento, trabajo, capacidad y espíritu incorruptible trabajan por una mejor justicia y con la única aspiración de un Perú más racional y humano.

A mi querido amigo Estaban Alvarado, por esperar con paciencia la culminación de este proyecto, por el cuidado y esmero en el trabajo editorial; lo mismo a Carlos Atocsa y a Juan Alvarado, por sus valiosas observaciones, su espíritu crítico y gran capacidad de trabajo.

A mi esposa, nuevamente, por su comprensión y ayuda al escribir la obra, por entender mi «presencia ausente» y las interminables jornadas frente a la computadora.

ÍNDICE GENERAL

Presentación v
Agradecimientos vii

PARTE I
HOMICIDIO

CAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES

I. Muerte y derecho 3
1. La muerte forma parte de la vida del hombre 3
2. La muerte es un hecho jurídico 3

II. Bien jurídico 7
1. Generalidades 7
2. La vida humana como bien jurídico primario 9
3. La ubicación sistemática privilegiada 12
4. La concepción biológica y valorativa de la vida humana 13
5. Postura personal 16
6. El contenido constitucional del bien jurídico: vida humana 20
7. Vida humana y el principio personalístico 24
8. Vida humana y regulación jurídica 25

III. Límites temporales de protección 26
1. Generalidades 26
2. El inicio de la protección a la vida en el homicidio 30
a. La regulación del Derecho comparado y la legislación nacional 30
b. Los problemas interpretativos de la expresión "durante el parto" 33
c. Los alcances de la expresión "durante el parto" 35
d. La crítica de la tesis que equipara el parto al momento del nacimiento 39
e. El límite mínimo de protección a la vida en la cesárea 41
f. Naturaleza del problema de fijación de los límites mínimos de protección a la vida en el homicidio 44

g. El problema del cambio de objeto de la acción. Incidencia de la acción sobre el feto que termina con la producción de la muerte durante o después del parto 45
h. La prueba del homicidio en el límite de protección a la vida 51
i. La no coincidencia del inicio a la protección a la vida en el Código Penal y el Código Civil 52

IV. Fin de protección 55
1. Generalidades 55
2. Determinación de la muerte y progreso científico 56
3. Evolución legislativa y el tratamiento de la muerte como límite máximo de protección en el homicidio 59
4. La muerte cerebral 62
5. Regulación normativa. Procedimiento 66
6. Crítica a la posición que asume la tesis de la muerte biológica 70
7. Problemas especiales de la Ley de Transplantes de Órganos 74

V. Sistemática legislativa 78

CAPÍTULO II
HOMICIDIO SIMPLE

I. Generalidades 83

II. Antecedentes legislativos 85

III. Características del tipo 86

IV. Bien jurídico 88

V. Tipo del injusto 89
1. Sujetos 89
a. Autor 89
b. Sujeto pasivo 90
2. Comportamiento típico 92
a. La variedad de medios típicos 92
b. El llamado «homicidio moral» 93
c. Otros problemas 97
3. Relación de causalidad 98
a. La relación de causalidad 98
a.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non* 99
a.2. La teoría de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza o de la experiencia 103
b. La imputación objetiva 109
b.1. Creación de un riesgo típicamente relevante 112
b.2. La realización del riesgo 120

b.2.1. La esfera de protección de la norma 122
b.2.2. El problema del descuido del sujeto lesionado 124
b.2.3. Constitución anormal de la víctima 125
VI. El tipo objetivo en la comisión por omisión 127
1. La situación típica 127
2. La no realización de la acción mandada y la capacidad individual de acción 130
3. Resultado, causalidad e imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión 134
4. La posición de garantía en el delito de comisión por omisión (primer criterio de equivalencia) 140
a. Fundamento y límites 140
b. El deber jurídico de actuar. Exclusión de los deberes morales 144
5. La diversas fuentes de la posición de garante 145
a. El deber de protección de bienes jurídicos 146
a.1. Relaciones familiares y situaciones análogas 146
a.2. Estrechas relaciones comunitarias y comunidad de peligro 151
a.3. La asunción voluntaria del peligro 155
b. El deber de controlar fuentes de peligro 161
b.1. La posición de garantía por la actuación de terceras personas 161
b.2. La posición de garantía por dominio material 164
b.3. La posición de garantía por conducta precedente o injerencia 170
6. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia) 176
VII. Antijuridicidad 179
1. La legítima defensa 180
a. Agresión ilegítima 180
a.1. La agresión 180
a.2. La ilegitimidad de la agresión 183
a.3. La inminencia y actualidad de la agresión 185
b. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla 189
b.1. Necesidad de defensa 189
b.2. Necesidad y proporcionalidad de la defensa 195
b.3. Valoración de las circunstancias 197
b.4. El principio de la menor lesividad del agresor 199
c. Falta de provocación suficiente 202
d. Las restricciones normativas a la legítima defensa 206
d.1. Agresiones dentro de las relaciones de garantía 206
VIII. Tipo subjetivo 211
1. El dolo 211
a. Los requisitos esenciales del dolo 212

a.1. El conocimiento actual 212
a.2. El conocimiento concreto en el dolo 216
b. La problemática del dolo eventual 218
b.1. El nivel del conocimiento en el dolo eventual 218
b.2. El dolo eventual y el conocimiento del riesgo típicamente relevante 220
b.3. La creencia irracional de que el resultado no se producirá, ¿excluye el dolo eventual? 221
b.4. La indiferencia respecto a si se produce o no el resultado, ¿constituye dolo eventual? 224
c. La prueba de dolo 228
c.1. Alcances de la prueba del dolo 228
c.2. El dolo y el deber de motivar las resoluciones judiciales 231
c.3. Los indicadores objetivos que permiten la delimitación fáctica entre dolo e imprudencia 232
2. El error 245
IX. Autoría y participación 251
1. El ejecutor actúa sin realizar el injusto (tipo y antijuridicidad) 252
2. El ejecutor actúa sin culpabilidad 253
X. Tentativa 255
XI. La reparación civil. El perjudicado 258

CAPÍTULO III
EL PARRICIDIO

I. Generalidades 263
II. Antecedentes y sistemática legislativa 264
III. Razón de su gravedad 269
IV. Sustantividad y autonomía del parricidio 278
V. Características del tipo 281
VI. Bien jurídico y cuestiones criminológicas 282
VII. Tipo del injusto 285
1. Sujetos 285
a. Autor 285
b. Sujeto pasivo 286
2. Elementos constitutivos 287
a. Ascendiente o descendiente, natural o adoptivo 287
a.1. Generalidades 287
a.2. ¿Parentesco legal o natural? 288
a.3. La problemática de la adopción 289
b. Cónyuge o concubino 292

b.1. Generalidades 292
b.2. La irrelevancia del matrimonio religioso 292
b.3. ¿Se acepta el matrimonio existente o el matrimonio válido? 293
b.4. El matrimonio putativo y el matrimonio en el extranjero 297
b.5. El caso de los concubinicidas 298
c. *Excursus*: cuestiones probatorias 301
c.1. Libertad probatoria 301
c.2. Filiación extramatrimonial 304
c.3. Parentesco en la adopción 305
c.4. Parentesco matrimonial 305
c.5. El concubinato 306
3. Comportamiento típico 307
a. Medios materiales y medios morales 307
b. La comisión por omisión 307
c. La posición de garantía material 309
VIII. Antijuridicidad y culpabilidad 311
1. Antijuridicidad 311
2. Culpabilidad 311
IX. Tipo subjetivo 312
1. El dolo 312
2. El error 316
X. Concurso 319
1. Concurso aparente de leyes 319
2. Concurso ideal de delitos 320
XI. Autoría y participación 321
XII. Penalidad 324

CAPÍTULO IV
EL ASESINATO

I. Generalidades 327
II. Antecedentes y sistemática legislativa 331
III. Fundamento de su gravedad 336
1. Tesis de mayor injusto en la acción del agente 337
2. Tesis de la mayor reprochabilidad o culpabilidad del agente 339
3. Otras razones que fundamentan el asesinato 341
IV. Autonomía del asesinato 343
1. La doctrina penal peruana 343
2. La regulación del asesinato 345

a. Legislaciones que regulan el asesinato como un tipo autónomo 345
b. Legislaciones que regulan el asesinato como homicidio calificado 345
c. Legislaciones que postulan la desaparición del asesinato como delito contra la vida 346
3. Posición personal 346
4. La refutación del asesinato como tipo dependiente 348
V. Características del tipo 350
1. Es un delito común 351
2. Es un tipo autónomo 351
VI. Bien jurídico y política criminal 353
VII. Tipo del injusto 355
1. Sujetos 355
2. Comportamiento típico 356
a. La omisión 356
b. El dolo 358
VIII. Circunstancias del asesinato 359
IX. Fundamentación de las circunstancias del asesinato 360
1. Asesinato por ferocidad 363
a. Antecedentes y sistemática legislativa 363
b. Determinación de su significado 364
c. Los criterios en la determinación de la ferocidad 366
d. La concurrencia de otros móviles. La imputabilidad 367
e. La exclusión de un Derecho penal de autor 368
f. La ferocidad y el debate en el Derecho comparado ante circunstancias similares 369
g. Los casos de ferocidad 371
h. La ferocidad y la necesidad de prueba 373
i. Propuesta *de lege ferenda* 373
2. Asesinato por lucro 375
a. Antecedentes 375
b. Las posibilidades interpretativas del lucro 375
c. Definición 379
d. El homicidio por mandato oneroso 381
d.1. Antecedentes 381
d.2. Requisitos 382
d.3. ¿Autor mediato o instigador? 388
d.4. Concurrencia de otros móviles 389
d.5. Fundamentación 390
d.6. Aspectos problemáticos 392
d.7. El tratamiento del instigador 395

3. Asesinato por placer 397
a. Antecedentes *397*
b. Naturaleza y objeciones críticas 397
c. Significado 398
d. Problemática 399
e. Alcances 401
f. Las características de la personalidad del asesino 403
g. Incomunicabilidad 403
4. El asesinato para facilitar o cometer otro delito 404
a. Antecedentes y denominación 404
b. Fundamento 405
c. Para facilitar otro delito 407
c.1. Naturaleza jurídica 407
c.2. La vinculación teleológica 408
c.3. Sentido 410
c.4. Problemas específicos 411
c.5. El delito fin 413
c.6. Su prueba 415
c.7. El problema concursal 417
d. Para ocultar otro delito 418
d.1. Generalidades 418
d.2. La necesidad del elemento objetivo 420
d.3. El sentido de la expresión otro delito 423
d.4. Ámbito de aplicación 424
5. Asesinato por gran crueldad 427
a. Antecedentes 427
b. Crueldad, ensañamiento y sevicias graves 428
c. Fundamento y naturaleza 429
d. *Determinación de su significado* *433*
e. La perspectiva *ex ante* 441
f. El papel de la víctima 442
g. ¿En qué momento debe computarse el sufrimiento? 444
h. Crueldad y estados emotivos 446
i. El dolo 449
j. Concurso con otras circunstancias y otros delitos 450
6. Asesinato con alevosía 451
a. Antecedentes 451
b. La perfidia 452
c. Significado 453

d. Naturaleza 454
e. Fundamento 457
f. Requisitos 460
f.1. El empleo de medios o modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio 460
f.1.1. Generalidades 460
f.1.2. Las posibles interpretaciones de los medios o modos de ejecución 461
f.1.3. La necesidad de la perspectiva *ex ante* 463
f.1.4. La ejecución inicial alevosa que termina en un homicidio 463
f.1.5. El problema de la alevosía sobrevenida 464
f.2. La seguridad en la ejecución del homicidio y la ausencia de riesgo para el autor 466
f.2.1. Generalidades 466
f.2.2. La ausencia de riesgo para el autor 467
f.2.3. La problemática de la víctima advertida o que conoce la agresión 469
f.2.4. ¿Quién debe asegurar la ejecución del delito: el autor o cualquier otra persona? 472
f.2.5. ¿Quién puede repeler el ataque: la víctima o un tercero? 474
f.2.6. El caso de las personas constitucionalmente indefensas o en desamparo 475
f.3. La conciencia y la voluntad de utilizar medios y modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio sin riesgo para el autor 478
f.3.1. El dolo 478
f.3.2. La importancia del elemento subjetivo 479
f.3.3. La exclusión de otros fines que no sean el aseguramiento de la ejecución 480
f.3.4. Alevosía y premeditación 480
f.3.5. ¿Es posible la concurrencia del dolo eventual? 481
f.3.6. El problema del error 482
g. Alevosía y grave alteración de la conciencia: Los estados emotivos o pasionales 483
h. Delimitación de la alevosía y otras figuras similares 484
h.1. Alevosía y perfidia 484
h.2. Alevosía y obrar sobre seguro 485
h.3. Alevosía y riña 486
i. Los casos comunes de alevosía 487
i.1. Asesinato alevoso proditorio 488
i.2. Asesinato alevoso por sorpresa o mediante ataque inesperado 489
7. Asesinato con fuego, explosión, veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas 493

a. Antecedentes 493
b. *Fundamento* 494
c. Requisitos 496
c.1. La muerte y el medio referenciado 496
c.2. La idoneidad de los medios 497
c.3. El peligro concreto a la vida y la salud 498
d. Definición. El problema de la analogía *intra legem* 499
e. El dolo 500
f. Perspectivas *de lege ferenda* 501
8. Asesinato por veneno 502
a. Generalidades 502
b. Perspectivas político-criminales 503
c. El veneno, ¿medio insidioso o medio autónomo? 504
d. Definición 505
e. Veneno y toxicología 507
f. Tentativa y consumación 509
g. El dolo 512
h. Concurso 512
9. Asesinato por la especial vulnerabilidad social de la víctima (debido al cumplimiento de una función pública) 514
1. Regulación y antecedentes en el Derecho comparado 514
2. Finalidad político-criminal, ¿a qué responde la norma? 515
3. Tipo del injusto de la circunstancia 518
a. Delimitación del funcionario 518
b. La muerte se produce «en el cumplimiento de sus funciones» 520
b.1. Las posibilidades interpretativas 520
b.1.1 La perspectiva concreta del ejercicio de la función pública 520
b.1.2. La perspectiva teleológica-funcional 522
b.2 ¿Se aplica la circunstancia en los ajustes de cuentas? 523
b.3 ¿Se aplica la circunstancia cuando se comete el homicidio contra un policía que brinda servicios particulares, sin autorización de su comando? 525
b.4. Tipo subjetivo 525

CAPÍTULO V
A) HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA

I. Generalidades 527
II. Antecedentes 528
III. Fundamentos y sustantividad 531

1. Generalidades 531
2. Tesis abolicionista 531
3. Tesis a favor de la conservación del homicidio por emoción violenta 532
4. Fundamentación 534
5. Subsidiariedad 535
IV. Características del tipo 536
V. Bien jurídico y política criminal 538
VI. Tipo del injusto 539
1. Sujetos 539
2. Circunstancias excusantes 540
a. Circunstancias externas 541
a.1. ¿Los hechos naturales son circunstancias externas? 544
a.2. Delimitación 545
a.3. ¿Se aceptan como circunstancias externas las acciones de terceros? 546
b. Circunstancias aptas o adecuadas para producir la emoción 547
b.1. El criterio subjetivo 548
b.2. El criterio objetivo 549
b.3. El criterio mixto 551
b.4. ¿Las circunstancias externas deben tener un contenido ético? 554
b.5. ¿Las circunstancias externas deben ser graves? 555
b.6. ¿Debe haber una relación de causalidad entre las circunstancias excusantes y la emoción violenta? 556
b.7. El tiempo como factor entre las circunstancias excusantes y la producción de las emociones 557
c. Falta de provocación intencional de las circunstancias excusantes por parte del autor del homicidio 559
VII. Tipo subjetivo 563
1. Dolo y emoción 563
2. El error en el homicidio por emoción violenta 563
VIII. Imputabilidad 565
1. La emoción 565
a. La emoción como criterio de imputabilidad 565
b. Definición 566
c. El procedimiento de constatación de la emoción 568
d. Los indicadores objetivos del homicidio por emoción violenta 568
d.1. El intervalo de tiempo 569
d.2. El medio empleado 569
d.3. El temperamento del sujeto 570

d.4. La relación entre el autor y la víctima 571
d.5. La conducta posterior del autor 572
2. La emoción violenta 573
a. La violencia de la emoción 573
b. Significado de la emoción violenta 574
c. ¿Es posible la omisión impropia? 575
d. Conclusiones 576
3. Emoción violenta y pasión 577
a. La incompatibilidad de la pasión y la emoción 577
b. La compatibilidad entre pasión y emoción 578
c. La distinción entre emoción y pasión 579
d. ¿Por qué se equipara la pasión y la emoción? 580
IX. Emoción violenta e inimputabilidad 582
X. Penalidad 584

B) PARRICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA

I. Antecedentes 584
II. Fundamentación 585
III. Tipo objetivo 585
IV. Tipo subjetivo 585
V. Imputabilidad 586
VI. Penalidad 586

CAPÍTULO VI
INFANTICIDIO

I. Generalidades 587
II. Fundamento de la atenuación legal de la figura 590
III. Tipicidad objetiva 595
1. Autor 595
2. Sujeto pasivo 598
3. La acreditación de que el hijo ha nacido vivo 599
4. Medios y formas comisivos 603
5. Durante el parto 605
6. Bajo la influencia del estado puerperal 610
IV. Tipo subjetivo 616
V. Inimputabilidad e infanticidio 618
VI. Participación 620

CAPÍTULO VII
HOMICIDIO IMPRUDENTE

I. Antecedentes históricos 623
II. Valoración dogmática y consideraciones político-criminales 626
1. Generalidades 626
2. Homicidio por imprudencia grave y por imprudencia leve 634
3. ¿Por qué castigar solo la imprudencia grave? 636
4. ¿Son necesarias nuevas agravantes en el homicidio imprudente? 640
5. La imprudencia como límite mínimo de la responsabilidad penal 641
6. La pena del homicidio imprudente 642
7. Tratamiento penológico del homicidio imprudente en relación con las demás figuras delictivas del Código Penal 643
III. Tipo del injusto 646
1. Sujetos 646
2. Comportamiento típico 646
3. El disvalor de la acción: la infracción al deber objetivo de cuidado 650
a. Importancia 650
b. Fundamento y origen de la norma de cuidado 652
c. El cuidado exigible según las circunstancias 660
d. Medida del deber objetivo de cuidado 664
d.1. Planteamiento 664
d.2. La teoría de los dos peldaños 667
d.3. Teoría individualizadora 667
d.4. El criterio mixto o intermedio 669
d.5 ¿Se deben tomar en cuenta las capacidades o habilidades especiales? 671
e. Riesgo permitido y deber de cuidado 673
f. Contenido del deber objetivo de cuidado 677
f.1. Deber de omitir acciones peligrosas 678
f.2. Deber de actuar prudentemente en acciones peligrosas 681
f.3. Cuidado como cumplimiento de deberes de preparación e información 683
g. Costo económico y deber objetivo de cuidado 685
4. El disvalor del resultado: causalidad e imputación objetiva 687
a. Función del resultado en el delito imprudente 687
b. Causalidad y resultado 689
c. Imputación objetiva 690
c.1. El comportamiento alternativo conforme a derecho 690
c.2. La teoría del incremento del riesgo 692

d. Problemas específicos 696
d.1. El principio de confianza 696
d.2. La llamada «concurrencia de culpas» o «culpa de la víctima» 704
IV. Clases de imprudencia 708
1. Imprudencia consciente e inconsciente 708
2. Imprudencia grave e imprudencia leve 713
V. El homicidio culposo agravado 720
1. El segundo párrafo del artículo 111º 720
a. El autor conduce un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad 723
a.1. Generalidades 723
a.2. Su relación con el delito de conducción en estado de ebriedad 724
a.3. La conducción de un vehículo motorizado 726
a.4. El estado de ebriedad 728
a.5. Determinación técnica del estado de ebriedad 731
a.6. Prueba del estado de ebriedad 732
a.7. La conducción bajo el efecto de estupefacientes 733
a.8. ¿Es necesario que la conducción irregular del vehículo sea externamente perceptible? 734
b. Si el delito «resulta de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito» 736
b.1. Generalidades 736
b.2. ¿Solo se castigan las infracciones a las reglas de tránsito reguladas en el Reglamento de Tránsito (D.S. Nº 033-2003 MTC)? 736
b.3. ¿Qué se entiende por inobservancia de las reglas técnicas de tránsito? 738
b.4. La prueba en los accidentes de tránsito 739
c. Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho 739
c.1. La problemática 740
c.2. La referencia de varias víctimas como exigencia de «varios fallecidos» 741
c.3. No es necesario que la muerte se produzca en el mismo instante 741
c.4. La exclusión del puro resultado, sin conexión con las reglas de la imputación objetiva 742
d. El criterio de la previsibilidad 742
e. La referencia a la imprudencia consciente 743
f. La interpretación «según la intensidad o gravedad del peligro» 743
g. La exigencia de un concurso ideal de delitos 744
2. El tercer párrafo del artículo 111º 745
a. La muerte resulta de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria 745
a.1. Significado 745

b. Las reglas técnicas 747
c. Origen de las reglas técnicas 747
d. El reconocimiento y la vigencia de la regla técnica 748
e. La naturaleza mudable de la regla técnica 748
f. Crítica a la consagración de las reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria como criterio rector 749
g. ¿La circunstancia agravante de la violación de las reglas técnicas infingen la prohibición de responsabilidad objetiva: artículo VII del Título Preliminar del Código Penal? 752
3. Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho 753
VI. El homicidio preterintencional 754
1. Definición y clases 754
2. Requisitos 756
3. Tratamiento jurídico 758
VII. Autoría y participación 760
VIII. Tentativa y consumación 763
1. La no punición de la tentativa imprudente 763
2. El resultado en la imprudencia. Su papel en la consumación y en el injusto 765
3. Las propuestas político-criminales de la punición de las tentativas imprudentes .. 765

CAPÍTULO VIII
HOMICIDIO A PETICIÓN

I. Antecedentes y generalidades 767
II. Concepto 768
III. Clases de eutanasia 775
1. La eutanasia pura 775
2. La eutanasia indirecta 777
3. La eutanasia pasiva o paraeutanasia 783
a. La decisión del paciente de no adoptar, o hacer cesar, las medidas que alargan la vida (dejar morir de mutua conformidad, llamada también eutanasia consensual) 784
b. La decisión del paciente de adoptar las medidas que prolonguen su vida y su correspondiente no implementación (la interrupción unilateral de tratamiento) 791
c. La incapacidad de declarar y la omisión, medidas que mantienen con vida 796
Excurso 1: El testamento eutánasico o las instrucciones previas 801
Excurso 2: El rol del familiar o los allegados al paciente. ¿Es posible que los parientes asuman la representación del enfermo? 805
4. La eutanasia precoz 806
5. La eutanasia activa o eutanasia cualitativa 809

IV. Fundamento de la atenuación legal 811
V. Tipicidad objetiva 814
1. Autor 814
2. La conducta típica 815
3. La enfermedad incurable 816
4. La solicitud expresa y consciente 819
5. Para poner fin a sus dolores intolerables 825
VI. Tipo subjetivo 828
VII. Culpabilidad: el móvil de piedad 830
VIII. Participación 832

CAPÍTULO IX
INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO

I. Generalidades 833
II. ¿El suicidio es un acto ilícito? 837
1. El suicidio como un acto lícito. Su manifestación como acto de libertad 837
2. El suicidio como un acto ilícito 840
3. El suicidio como un «acto jurídicamente tolerado» 841
III. Sujeto pasivo 841
IV. El bien jurídico protegido 842
1. La vida como bien jurídico indisponible 842
2. La vida como bien jurídico disponible 845
3. Postura personal 847
V. Aspectos generales del suicidio 852
VI. Definición de suicidio 855
VII. Capacidad del suicida 858
VIII. ¿La muerte del suicida es una condición objetiva de punibilidad? 863
IX. Tipo objetivo 865
1. Instigación 865
a. Fundamento y mayor injusto de la instigación al suicidio 865
b. Definición 866
c. La instigación como influjo psíquico 868
d. La creación de la decisión criminal 869
e. La no necesidad de crear el plan. Propensión al hecho 871
f. Instigación y *omnimodus facturus* 872
g. Medios de la instigación 872
h. Inducción y omisión impropia 875
i. Tipo subjetivo 876
j. La tentativa en la instigación al suicidio 879

k. La posibilidad de aparición de las diversas formas de participación en la instigación al suicidio 881
2. Complicidad 883
a. Delimitación 883
b. Las clases de complicidad: complicidad primaria y complicidad secundaria 884
c. La complicidad fáctica y la complicidad psíquica 886
d. Complicidad al suicidio y omisión impropia 888
e. Tipo subjetivo 891
f. La tentativa en la complicidad al suicidio 892

PARTE II
ABORTO

CAPÍTULO X
CONSIDERACIONES GENERALES

1. Ubicación 895
2. Homicidio y aborto. Fundamento de su distinta punición 895
3. Concebido y Derecho penal 898
4. Posturas a favor y en contra de la criminalización del aborto 900
a. Tesis a favor de la criminalización del aborto 900
b. Tesis en contra de la criminalización del aborto 901
5. El aborto como conflicto de intereses 902
a. Sistema común de penalización 905
b. Sistema o solución del plazo 908
c. El sistema de indicaciones 914
Excurso: El modelo discursivo orientado a la situación de necesidad 919

CAPÍTULO XI
VALORACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

I. El aborto como problema humano y conflicto social 921
II. Las limitaciones de los instrumentos del Derecho penal en la lucha contra el aborto 923
III. La etiología en la comisión del delito de aborto 924
IV. La estrategia político-criminal en la lucha contra el aborto 925
V. Las tendencias político-criminales en el Derecho comparado en la lucha contra el aborto 929
VI. El descubrimiento y persecución del delito de aborto 930

CAPÍTULO XII
BIEN JURÍDICO

I. El interés demográfico del Estado 933
II. La esperanza de vida 935
III. La vida humana como bien jurídico protegido 936

CAPÍTULO XIII
LÍMITES TEMPORALES DE PROTECCIÓN A LA VIDA HUMANA EN EL ABORTO

I. El límite mínimo de protección a la vida en el aborto. La anidación 941
II. El límite máximo de protección a la vida en el aborto 946

CAPÍTULO XIV
EL SUJETO PASIVO LA PARTE CIVIL

I. El sujeto pasivo 949
II. La parte civil 953

CAPÍTULO XV
CONCEPTO PENAL DE ABORTO

CAPÍTULO XVI
AUTOABORTO

I. Bien jurídico 969
II. Tipo objetivo 970
1. Sujetos 970
2. Comportamiento típico 971
a. Preexistencia de un estado de gestación 971
b. Que la mujer cause su aborto o consienta que otro lo practique 972
III. Tipo subjetivo 978
IV. Tentativa y consumación 980
V. Autoría y participación 983

CAPÍTULO XVII
ABORTO CONSENTIDO

I. Bien jurídico 987
II. Tipo objetivo 987
1. Sujetos 987

2. Comportamiento típico 989
a. Que la mujer preste su consentimiento para abortar 989
b. Que se cause el aborto 994
III. Tipo subjetivo 997
IV. Autoría y participación 999
V. Aborto consentido agravado 999

CAPÍTULO XVIII
ABORTO NO CONSENTIDO

I. Bien jurídico 1007
II. Tipo objetivo 1009
1. Sujetos 1009
2. Comportamiento típico 1010
a. Que la mujer no preste su consentimiento 1011
III. Tipo subjetivo 1016
IV. Aborto no consentido agravado 1017

CAPÍTULO XIX
ABORTO COMETIDO POR PROFESIONAL SANITARIO

I. Fundamento político-criminal 1021
II. La condición de profesional sanitario 1024
III. El abuso de su ciencia o arte 1026
IV. El problema de causar el aborto y la cooperación en el aborto. Interpretación restrictiva o amplia de la circunstancia 1028

CAPÍTULO XX
ABORTO PRETERINTENCIONAL

I. Bien jurídico 1031
II. Tipo objetivo 1031
1. Sujetos 1031
2. Comportamiento típico 1032
a. El que, con violencia, ocasiona el aborto 1032
b. El no haber tenido el propósito de causar el aborto, siendo notorio o constándole el embarazo 1038
b.1. ¿El artículo 118º es un delito culposo o un delito preterintencional? ... 1038
b.2. Constancia del embarazo 1040
b.3. La notoriedad del embarazo 1041
b.4. La interpretación del término «sin propósito» 1042
b.5. La necesidad de una reforma legislativa 1044
III. Tentativa 1046

CAPÍTULO XXI
ABORTO NO PUNIBLE POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA

I. Fundamento y naturaleza jurídica de la impunidad 1047
1. Indicación terapéutica y otras indicaciones que determinan la impunidad 1047
2. Estado de necesidad e indicación terapéutica 1047
3. Fundamento de la impunidad de la indicación terapéutica 1049
II. Requisitos 1051
1. Una situación de necesidad 1051
a. Delimitación 1051
b. Criterios 1052
c. Bienes jurídicos comprometidos 1054
d. Características del peligro 1055
2. Que el aborto sea practicado por un médico 1061
3. Que el consentimiento lo preste la mujer o su representante legal 1066

CAPÍTULO XXII
ABORTO ÉTICO Y EUGENÉSICO

I. Valoración político-criminal y fundamento 1075
II. Fundamento de la atenuación 1080
III. Valoración de la técnica legislativa 1083
IV. El aborto por indicación ética 1087
V. El aborto por indicación embriopática o eugenésica 1098

Parte I
HOMICIDIO

CAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES

I. MUERTE Y DERECHO

1. La muerte forma parte de la vida del hombre

La muerte como acontecimiento biológico y por su significado espiritual, muchas veces misterioso y desconocido, ha sido objeto de preocupación por parte de las diversas disciplinas que componen el saber humano, concentrando el interés de la filosofía, teología, medicina, moral, biología y el arte.

El Derecho tampoco ha podido escapar a esta inquietud y reconoce en muchas normas su importancia. Basta ver que la capacidad jurídica, la calidad de persona, la concesión de facultades, la imposición de deberes y la persecución penal del autor de un delito culmina con la muerte. En nuestro ordenamiento jurídico la muerte determina la pérdida de la condición de sujeto de derecho y el tratamiento del cadáver como un objeto de derecho. Las normas y preceptos jurídicos se dirigen a los seres humanos vivos, no a los muertos.

2. La muerte es un hecho jurídico

La muerte es un acontecimiento de la naturaleza del cual el hombre participa y que el ordenamiento jurídico asigna diversas consecuencias normativas, ya sea para el propio hombre o para terceros. Frente a

un mismo acontecimiento pueden ser distintas las reacciones jurídicas. En algunas ocasiones se considera que la muerte despliega una serie de efectos en la órbita civil. Así, por ejemplo, constituye el punto culminante donde cesa la capacidad jurídica que da lugar a la apertura del derecho sucesorio o a la extinción de convenios jurídicos como el matrimonio.

En el Derecho penal, la muerte cuenta con un doble interés. Por un lado, representa una causa de extinción de la acción penal, lo cual implica que más allá de la muerte no puede haber la persecución de un delito. El *ius puniendi* del Estado tiene un límite en este acontecimiento biológico. Por otro lado, y en lo que aquí nos importa, la muerte determina la consagración del delito de homicidio, si es que una persona mata a otra. En este caso, interesa la muerte que es provocada por el comportamiento, doloso o imprudente, de una persona. No se la mira más como un puro hecho jurídico, sino como un *acto jurídico* en el sentido de acontecimiento provocado por la conducta de un hombre. En este punto, la muerte que es relevante para el Derecho penal es la muerte por acción de otro.

Sin embargo, para el Derecho penal no toda muerte va a desencadenar un delito de homicidio[1]. La muerte por sí sola, como puro acontecimiento biológico, no es lícita ni antijurídica, pues se trata de un hecho inevitable e ineludible a la naturaleza humana. Si bien no es un hecho indiferente para el Derecho, el cual siempre le establece alguna clase de consecuencia jurídica, su presencia no supone automáticamente el despliegue de una sanción jurídico-penal, ya sea una pena o medida de seguridad. Para que ello suceda es necesario, por lo menos, que la conducta de una persona ocasione la muerte de otro ser humano[2]. Mientras que esto no pase, todavía no están dadas las condiciones y requisitos mínimos del delito de homicidio.

---

[1] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, Nº 11, Madrid, 2003, p. 190.

[2] De modo general, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 8/15, p. 147.

El Derecho no debe, ni puede prohibir la muerte en sí misma, en cuanto realidad biológica; dado que el legislador debe respetar las estructuras lógico-objetivas o la naturaleza de las cosas[3]. Postular una idea distinta sería traer por tierra y jalar de los cabellos a la naturaleza[4].

De allí que la misión del Derecho, y en particular del Derecho penal, respecto a la muerte sea muy limitada y consista en prohibir las acciones dirigidas a quitar la vida a otro ser humano sea cual fueren los mecanismos, medios y modos utilizados.

De todo ello se deduce:

i. No se prohíbe a la muerte en sí[5]. Tampoco se prohíbe que alguien muera, o lo que es lo mismo, no se prohíbe la muerte por acción de otro[6], sino a determinadas conductas que hacen sobrevenir o aceleran la muerte y que, tanto de modo objetivo y subjetivo, representan una actitud disvaliosa frente a la vida.

---

[3] Sobre la naturaleza de las cosas, vide HENKEL, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 279; RADBRUCH, Gustav, «La 'naturaleza de la cosa' como forma de pensamiento jurídico», en *Relativismo y Derecho*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 53 y ss.; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 414 y ss., quien lo considera un criterio teleológico-objetivo de interpretación; CEREZO MIR, José, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 39 y ss. En sentido crítico GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 99.

[4] O como bien apunta MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, trad. de Jorge Guerrero, 3ª reimpr., Temis, Bogotá, 1988, T. I, p. 257, en el sentido que «la voluntad del ordenamiento jurídico puede en abstracto, hacerlo todo, pero no puede en concreto ponerse en contra de la realidad de las cosas y subvertir las leyes naturales». Esto es, no puede prohibir el hecho irreversible de toda vida, tanto humana como animal: la muerte.

[5] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 367.

[6] Aunque así parece entenderlo ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, 2ª ed., Lima, 1986, T. I, p. 61, cuando define al homicidio como «*la acción imputable a persona física que ha ocasionado la muerte antijurídica y culpable de un semejante*». Es necesario advertir, además de una confusión terminológica, un grave error jurídico-penal, ya que los predicados de antijuridicidad y culpabilidad son característicos de la acción y no de la muerte, que no es lícita ni antijurídica. Una correcta formulación conceptual del homicidio hubiese sido: «La acción antijurídica y culpable imputable a una persona física que ha ocasionado la muerte a un semejante».

ii. Lo prohibido de modo genérico por el Derecho penal son aquellas conductas (acciones u omisiones) que de un modo violento, con o sin fuerza, interrumpen el ciclo de vida de una persona.

iii. Dogmáticamente, en materia de protección a la vida (homicidio y aborto), lo prohibido por el Derecho penal descansa en las acciones u omisiones de una persona que atentan contra la vida de otra. No se castiga las acciones que realiza una persona en destrucción de su propia vida.

Los requisitos mínimos del homicidio siendo necesarios no constituyen las condiciones suficientes para la imposición de una sanción penal (pena o medida de seguridad). Debe quedar claro, desde un principio, que no toda conducta humana que provoque de manera "objetivamente causal" una muerte determinará la calificación por homicidio. No toda causa (conducta) que genere un resultado (muerte) tendrá relevancia en el Derecho penal. *No toda conducta que provoque naturalmente una muerte dará lugar a un homicidio.* Estas palabras que hasta hace unas cuantas décadas podía motivar más de alguna sorpresa o mirada escéptica, e incluso escandalizar, hoy en día constituyen un punto de acuerdo entre los científicos del Derecho penal gracias al enorme desarrollo alcanzado por las categorías dogmáticas, en especial la teoría de la imputación objetiva.

En efecto, puede haber muertes que si bien pueden ser causadas por un comportamiento humano, quedan excluidas del Derecho penal, y en particular del homicidio en cualquiera de sus formas, si es que ellas se producen dentro de una actividad riesgosa pero permitida, respetando los respectivos deberes de cuidado, o si de todas maneras se hubiesen producido (comportamiento alternativo conforme a derecho) o porque el resultado se encuentra más allá del ámbito de protección de la norma o queda fuera de los alcances del tipo.

Hay muertes que si bien son causadas por conductas de terceros deben ser vistas no como homicidios, sino como simples desgracias, hechos lamentables o sucesos luctuosos que el Derecho penal no hubiese querido que se produzcan, pero que ante su irremediable

presencia nada puede hacer. Ello se debe a que hoy se reconoce que no todo acto que causa la muerte se corresponde con un acto de matar, propio del homicidio.

II. BIEN JURÍDICO

1. Generalidades

La vida humana, de manera genérica, junto a otras realidades adyacentes como la integridad corporal, es el bien jurídico protegido en el Título I del Libro II del Código Penal, referido a los delitos contra la vida el cuerpo y la salud. Sin embargo, esta indicación dista mucho de ser exacta si se pretende encontrar el bien protegido en el homicidio, pues resulta evidente que en el Capítulo II del Título en mención, referido al aborto, también se protege a la vida humana. Tanto el homicidio y el aborto comparten un mismo bien jurídico: la vida humana[7]. Por ello, resulta por lo menos impreciso sostener que *solo* en el homicidio se protege este bien jurídico.

Para salvar esta insuficiencia es necesario aclarar que se trata de una vida humana ya formada, apta para nacer o que se encuentra en condiciones de vivir de manera autónoma y cuyo inicio de protección comienza con el acontecimiento biológico del parto. Ello supone reconocer a la vida humana como un proceso biológico continuo[8], pero que basándose en criterios jurídico-sociales se la valora de manera distinta, según su grado de desarrollo o relación[9]. En nuestro ordenamiento jurídico penal esa valoración distinta comienza desde el momento del parto.

---

[7] Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 6; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 6.

[8] Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 197.

[9] Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. I, p. 39; ÍDEM, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 32; FELIP I

Siguiendo una tradición inmemorial, común a la mayoría de legislaciones del mundo, la ley peruana considera más reprochable la producción de la muerte de una vida humana independiente o ya formada, apta para nacer, (homicidio) que la que se ocasiona a una vida dependiente y que se encuentra aún en el claustro materno (aborto)[10]. La protección a la vida no siempre es la misma a lo largo de sus diversas etapas.

La separación en cuanto a la protección jurídica de la vida humana en el homicidio y en el aborto no solo viene dado por un mejor o peor criterio político-criminal o por una posición personal del intérprete frente a la vida, sino que obedece, al menos en nuestro ordenamiento jurídico penal, a una enfática referencia legal fijada en la expresión *"durante el parto"*, que se utiliza en la descripción del infanticidio (artículo 110), la cual debe ser vista no sólo como el límite normativo entre homicidio y aborto, sino como el marco temporal donde comienza la tutela del bien jurídico en el homicidio[11].

SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y CASTIÑEIRA PALOU, Teresa y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coords.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 26; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 385; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, 2ª ed., Juris, Lima, 1995, p. 6; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1992, T. I, p. 62.

[10] Cfr. HURTADO POZO, Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio, cit., p. 7.

[11] La situación de nuestro Derecho contrasta en este punto, por ejemplo, con el Derecho penal español, cuya doctrina en ausencia de un precepto como el artículo 110º, pero conservando de manera visible la influencia de la antigua regulación del infanticidio (artículo 410º del CP derogado), que hacía referencia al «recién nacido», consideraba que el bien jurídico en el homicidio empieza desde la existencia de la autonomía de vida o desde que hay una vida humana independiente, entendiéndose por esta la completa salida o separación del claustro materno (Vide, al respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español. Parte especial, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 22; DEL ROSAL, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo/COBO DEL ROSAL, Manuel, Derecho *penal español. Parte especial*, Madrid, 1962, p. 135; MORALES PRATS, Fermín, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 27; CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, T. I, p. 33; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 43; GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 1996, T. I, p. 21.

2. La vida humana como bien jurídico primario

En el homicidio se tutela la *vida humana ajena*[12].

La vida humana no es solo necesaria para la existencia del individuo como centro de interferencia intersubjetiva, sino es fundamento insustituible de la colectividad y la organización jurídico-político. La vida es la base *física y bio-psíquica* imprescindible en la construcción de la noción jurídica de la persona[13]; por lo que al brindarse protección se tutela también a esta, aun cuando se tenga presente y reconozca la diversa definición civilista y su construcción eminentemente normativa[14]. Desde la perspectiva constitucional se destaca que si bien todos los derechos constitucionales requieren en cuanto a su titularidad el ser persona, ello no ocurre con el derecho a la vida[15], en la medida que aún no siendo persona se puede gozar del derecho a la vida.

La vida humana es un bien fin primario[16], fundante y personalísimo[17] que es el centro y presupuesto de todos los valores[18] y que representa el sustrato material sobre el cual se levantan los demás derechos de la personalidad[19] y es una condición para su ejercicio[20]. La Comisión

---

12 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho penal. Parte especial*, Universidad Complutense de Madrid, 1998, Vol. I, p. 3.

13 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

14 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, 9ª ed., Grijley, Lima, 2004, pp. 2 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, 5ª ed., Rodhas, Lima, 2006, pp. 170 y ss.

15 Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 330 y ss.: «Del derecho a la vida se es titular por el simple ejercicio de la vida, antes de ser jurídicamente persona, es decir, antes de haber franqueado la puerta de acceso al mundo del derecho».

16 Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998 [2005], p. 143; STRANO LIGATO, Silvana, en CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALA, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2003, p. 1768.

17 Cfr. SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Elementos de Derecho constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, T. II, p. 317.

18 Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 5ª ed., RAO, Lima, 1999, p. 113.

19 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 61; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2004, p. 62; ROY FREYRE, *Derecho*

Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la vida es *"el fundamento y sustento de todos los demás derechos"*. Tal es su importancia que la integridad corporal y la misma salud no se conciben fuera de ella al constituir derechos complementarios[21]. Constituye el máximo patrimonio de la persona[22]. Una libertad sin la viva es inimaginable por constituir un absurdo. El poder de ser libre solo se puede predicar del sujeto vivo[23]. El ejercicio de la autonomía personal está supeditada a la existencia de la vida[24], ya que no puede haber elección de ideales y planes personales sin ella.

Desde la perspectiva del Derecho constitucional, la vida es un derecho constitucional fundamental[25]. Su consagración trae como correlato la prohibición de matar, que es un mandato general que rige

---

penal peruano. Parte especial, cit., T. I, pp. 50 y 52. En la doctrina brasileña, FABBRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito penal. Parte especial*, 8ª ed., Atlas, São Paulo, 1994, Vol. 2, p. 46. En la doctrina italiana: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 143. En la doctrina española: FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 25; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, T. I, p. 63; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 7; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 703; FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, cit., p. 197; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 322. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, respecto al derecho a la vida, en el caso Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala, que: «*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo*».

[20] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 3.

[21] Cfr. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, cit,. p. 330.

[22] Cfr. STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1768.

[23] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 144.

[24] Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 221.

[25] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 4; RODRÍGUEZ ZAPATA, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, cit., p. 323. Sin embargo, no falta quienes niegan a la vida la condición de un derecho, situación que no lo devalúa, sino que le reconoce un valor previo superior a todo el sistema constitucional de derechos (TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, UNED, Madrid, 1992, T. I, p. 387).

para todos los ciudadanos y los diversos poderes del Estado[26]. Se lo considera como un derecho natural supraconstitucional[27].

Sin embargo, se debe diferenciar los *derechos subjetivos del individuo*, entre los que se cuenta el derecho a la vida, de los *bienes jurídicos* o intereses socialmente valiosos que son objeto del Derecho penal[28]. Los bienes jurídicos, aun cuando los individuos sean sus titulares, son intereses sociales y constitucionales que se distinguen del interés que pueda tener su portador y del ejercicio del mismo que se haga de él[29].

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado respecto al derecho a la vida en la sentencia recaída en el Exp. N° 7320-2005-PA/TC Lima Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. (Fundamentos N°s 69 a 71) que:

> *"Conforme a lo expuesto en la STC N° 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.*
>
> *Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección;*

---

[24] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 144.

[25] Cfr. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho constitucional*, cit., T. II, p. 317.

[26] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 13 y 14.

[27] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 27.

resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

En anterior oportunidad –STC N° 0318-1996-HC/TC– este Tribunal también ha expuesto que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primerísimo orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre derechos humanos que obligan al Perú. Como es de verse, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental; es, a decir de Enrique Bernales Ballesteros, el centro de todos los valores y el supuesto básico de la existencia de un orden mínimo en la sociedad (La Constitución de 1993-Análisis Comparado, Lima, ICS Editores, 2ª edición, 1996, p. 88)".

3. La ubicación sistemática privilegiada

La tutela de la vida como bien jurídico intangible e inalienable tiene un enorme sentido, tanto práctico como político, al ser "la suprema realidad del Derecho", "el supremo bien del individuo, pero asimismo bien de la colectividad y del Estado"[30]. La vida humana es la condición esencial para la existencia de la personalidad y representa el valor menos abstracto de los protegidos por el ordenamiento jurídico[31] y es la fuente de los demás derechos[32]. La vida es

---

[30] Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, bajo el cuidado de Luigi Conti, 14ª ed., Giuffrè, Milán, 2003, Vol. I, p. 44; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milán, 2005, T. II, p. 59.

[31] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Ceura, Madrid, 1986, p. 7.

[32] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 61; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 62.

el valor más concreto y tangible entre los derechos existentes y a su vez constituye la latitud más cercana al polo de la absolutez valorativa y que ocupa el puesto de más alto rango en la axiología constitucional[33].

La vida es un bien jurídico merecedor de protección, toda vez que posee **un valor intrínseco**, es decir, vale por sí mismo, al margen de cualquier otra calificación, a la par que es portadora también de un **valor de referencia**, al constituir la base material para el ejercicio y existencia de los demás derechos inherentes de la personalidad. Sirve también como orientación en la clasificación y valoración de los bienes jurídicos relacionados y el restante grupo de bienes jurídicos.

La ubicación privilegiada del derecho a la vida en la sistemática del Código Penal refleja la asunción de una determinada **concepción ideológica personalista** acorde con nuestra más genuina tradición jurídico-penal (exceptuada por el Código Penal de 1863) y constitucional[34] que se opone a los sistemas transpersonalistas imperantes en codificaciones de tanto arraigo e influencia, como la legislación penal española derogada[35]. Refleja el condicionamiento de un determinado tipo de ordenamiento (democrático, totalitario individualístico o colectivo) que, además patentiza un modo de concebir al hombre[36].

4. La concepción biológica y valorativa de la vida humana

A nivel doctrinal se plantea una ardua discusión respecto a cómo debe comprenderse el bien jurídico y el sentido que tiene, lo cual impli-

---

[33] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 144; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63.

[34] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 61. De manera distinta: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 52, quien considera que la ubicación de las infracciones en el Código solo posee un valor indiciario.

[35] Sin embargo, la preferencia valorativa en la sistemática legal no implica la presencia de un mayor o menor injusto o la mayor o menor gravedad de una escala valorativa. El legislador tiene para elegir entre varias opciones axiológicas dentro de las posibilidades que se le presenta.

[36] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 29.

ca asumir una serie de consecuencias. Una posición de base, se podría decir, ontologicista considera a la vida desde un punto de vista **físico-biológico**, mientras que otra la capta en un sentido **valorativo**.

i. El planteamiento **físico-biológico** entiende a la vida desde un punto de vista naturalístico[37], y excluye cualquier tipo de valoración social o jurídica que pueda indicar qué debe entenderse por vida humana. Se la entiende como la propia *existencia físico- biológica del ser humano*[38]. Se renuncia a criterios de utilidad o de cualquier otra índole que no sea los de carácter físico-biológico en la delimitación de lo que es o no es la vida. No importa el estado, condición y capacidad del individuo, ni la calidad, racionalidad o viabilidad de dicha vida. Solo interesa la preservación de ese derecho desde el comienzo de la vida hasta su terminación[39].

Las consecuencias materiales de esta concepción se manifiestan en el hecho que no se podría tolerar una despenalización del aborto, se negaría toda relevancia jurídica a cualquier clase de eutanasia, como no se podría despenalizar la colaboración al suicidio[40]. Por

---

[37] Vide JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 385; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 63; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 15; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte especial*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 5.

[38] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 6.

[39] Ampliamente al respecto, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 27 y 40, quien apunta que pese a la imprecisión de esta postura, conocida también como principio de santidad de vida, se está de acuerdo con los siguientes puntos: «a) la vida humana es preciosa y es digna de respeto y protección, el valor de lo humano no está determinado por intereses subjetivos o utilitarios, b) la vida humana no puede ser tomada sin una justificación adecuada, y la naturaleza humana no puede ser radicalmente modificada, c) el principio de santidad de la vida es básico para nuestra sociedad y su rechazo pondría en peligro toda la vida humana (sic)». También ESER, Albin, «Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida», en *Derecho penal, medicina y genética*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 65 y ss.

[40] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28. En la doctrina nacional: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, p. 372.

otro lado, marcaría la sustentación de la vida como derecho absoluto que no podría ceder ante la justificación de la muerte en legítima defensa o en cumplimiento de un deber. Asimismo, la polémica acerca del momento sobre la muerte se vería influenciada por esta posición, pues como dice ESER: "*Si lo único determinante de la naturaleza humana es la vida físico-biológica, entonces la obligación de prolongar la vida* [y de respetarla, decimos nosotros] *se extiende tanto tiempo como exista una chispa de aquella*"[41].

ii. La concepción **valorativa** parte por considerar a la vida como un valor relativo, susceptible de ser sometido a una ponderación de intereses y de ser limitado por otros valores o bienes de interés social o jurídico. La vida no aparece más como un bien absoluto que avasalla a los demás valores del ordenamiento jurídico[42]. El ordenamiento jurídico tendría un interés de protección desde el momento que la vida, más que una realidad físico-biológica, posea cierto nivel de calidad, el cual se manifiesta en la capacidad del individuo de sostener su autoexperiencia y relación y comunicación con los demás o de asumir los propios actos. Ello no supone, como correctamente apunta ROMEO CASABONA, que existan vidas humanas de diferente valor o "calidad", pues se considera que todas son iguales[43]. Este planteamiento no considera a la vida como inviolable e incapaz de ser sometida a diversas valoraciones, sino como algo **cualitativamente graduable**, o en todo caso, no excluido a priori de toda ponderación con otros intereses. Una expresión de la concepción valorativa lo expresa la aceptación de la muerte cerebral como instante en donde cesa la vida[44].

Las objeciones a las que se encuentra sometido este criterio son diversas. Se le critica, en principio, el estar sometido a manipulación ideológica y a criterios políticos cambiantes que poseen, mu-

---

[41] ESER, «Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida», cit., pp. 101 y ss.

[42] Cfr. KAUFMANN, Arthur, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 31, Madrid, 1987, p. 40.

[43] ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 41.

[44] ESER, «Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida», cit., pp. 101 y ss.

chas veces, cortes totalitarios. Prueba de ello fue lo que sucedió en la Alemania de Hitler, que arrasó con más de seis millones de vidas de judíos a quienes se les consideraba portadores de una inferior "*calidad de vida*"[45]. De asumir esta posición se daría cabida a un profundo resquebrajamiento de uno de los valores más importantes para las sociedades de todos los tiempos, convirtiéndola en un bien absolutamente disponible para su titular, lo cual abriría también mayores brechas de intervención e impunidad para terceros. El Estado que tiene el deber de respetarla y protegerla, ya sea a través de las normas jurídicas o por medio de una amplia política social de prestaciones que la fomenten y desarrollen, vería hondamente recortado sus obligaciones de tutela con este bien jurídico, lo cual marcaría una grave desestabilización en su programa preventivo y en la vigencia de los derechos humanos.

5. Postura personal

Los dos puntos de vista glosados poseen serias limitaciones y carencias que hacen imposible su adopción de manera unilateral. En su lugar es necesario partir de un criterio que al preocuparse por centrar correctamente la discusión los abarque y evite incurrir en posiciones radicales, las cuales, como dice ESER, si bien son imaginables como posturas teóricas nunca se han realizado históricamente como alternativa excluyente[46]. Por ello, la pregunta por la protección absoluta o relativa de la vida, solo puede tender a averiguar si el ordenamiento jurídico de una época está más inclinado a una consideración sagrada (biológica) o por el contrario, cualitativamente, de aquella[47]. Hasta donde alcanzamos a ver no existe legislación en el mundo que haya asumido un criterio puramente físico naturalista o un criterio puramente normativo[48].

---

[45] Cfr. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 374.

[46] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Ceura, Madrid, 2003, Vol. I, p. 28.

[47] ESER, «Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida», cit., pp. 68 y ss.

[48] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 5; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 28.

Nuestra posición parte de un punto de vista ontológico sobre la vida, entendiéndola como una realidad físico-natural[49], independiente de cualquier consideración sobre la calidad[50], estimación social[51], vitalidad o viabilidad[52], estado[53], forma, condición o grado de desarrollo. Toda vida humana es portadora de un valor intrínseco, es decir, vale por sí misma desde que ella se inicia hasta que termina su proceso biológico. No entran en juego factores raciales[54], culturales, su calidad de nacional o de extranjero[55], posición económica o en general cualquier referencia que tenga que ver con la calidad de vida del individuo[56]. Se protege la vida de un moribundo[57]; de tal manera que en el

---

49 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63.

50 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 39.

51 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 61.

52 Cfr. En la doctrina italiana: STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1769; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., T. II, p. 59. En la doctrina española: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 6; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 40; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 42 y 46; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 15; PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 189; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 32; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001, p. 46; CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001, p. 17. También KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 39. En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 74. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., p. 9.

53 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 6.

54 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45.

55 Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, Vol. I, p. 196.

56 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45.

57 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 11/7, p. 352; ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995, p. 111; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 67; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 15; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 74. En la doctrina italiana: STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., T. II, p. 60.

caso que una persona sea atropellada por dos automóviles, los dos responderán por homicidio pese a que el último solo haya acelerado su muerte[58]. También se protege la de un recién nacido inviable o de aquellos con alguna limitación o malformación ya sea congénita o adquirida[59] o, incluso, si se trata de seres monstruosos[60]. El derecho a la vida rige para todos, sin exclusión alguna.

El principio a la igualdad se relaciona de manera emblemática y especial con el derecho a la vida, pues no se distingue en su respeto y vigencia con una especial condición, cargo, raza o religión del titular del derecho[61]. En un Estado de Derecho no se tolera alguna discriminación en la tutela de la vida humana[62].

Sin embargo, es notorio que ello no basta. Si bien se debe partir de la consideración biológica, su ámbito de protección debe establecerse sobre la base de las valoraciones sociales y parámetros normativos[63] que considere la posibilidad de relación y autorrealización del individuo[64]. La sociedad valora también la vida ya sea haciéndola ceder frente a la ponderación con otros intereses o teniendo en cuenta su grado de desarrollo[65]. Por ejemplo, en el primer caso se permite dar muerte al

---

[58] Cfr. STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770.

[59] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 26.

[60] Cfr. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., T. II, p. 60; STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 9 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 170 y ss.

[61] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 74.

[62] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 150.

[63] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 7; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28. En este sentido también: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 374.

[64] Cfr. SEMINARA, Sergio, «La eutanasia en Italia», trad. Ana María Prieto, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 84.

[65] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

agresor en los supuestos de legítima defensa[66] cuando se pretende vulnerar bienes jurídicos fundamentales como la vida de un tercero, la integridad corporal o la libertad. También se cuenta como excepciones tradicionales, consecuencia de las valoraciones sociales y políticas, a la pena de muerte y a la muerte en la guerra. La vida es un bien valioso que puede ceder en supuestos limitados, que se enuncian de modo taxativo por el ordenamiento jurídico, cuando se enfrenta a otros derechos o intereses considerados socialmente predominantes. Ese es el caso de la legítima defensa (artículo 20° inc. 3) y la pena de muerte (artículo. 23° de la Constitución)[67]. El que la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a la vida sea rigurosa, no significa que deba entenderse dicha protección como absoluta[68].

Por su parte, y como muestra de la influencia de las valoraciones sociales en la comprensión de la vida humana, tenemos la diferencia antiquísima entre homicidio y aborto, la cual se funda en una distinta valoración social y normativa de la vida según el diferente grado de desarrollo que esta alcance[69]. Si se tuviera que asumir una concepción puramente biológica o natural se tendría que considerar que cualquier atentado que la vulnere es igual de grave; además, no habría ninguna razón para distinguir jurídicamente entre homicidio y aborto, figuras que deberían desaparecer para dar paso a su unificación o estimarse equivalentes en cuanto a gravedad, pues en ambas se atenta contra una realidad físico-natural.

Solo una posición valorativa puede justificar la diferencia realizada por todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Asimis-

---

[66] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 29; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 16; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 6; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 385. En la doctrina nacional: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 374.

[67] Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 41; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 7; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 28.

[68] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 6.

[69] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

mo, ella permite, como dijimos anteriormente, aceptar a la muerte cerebral como el criterio que marca el límite máximo de protección a la vida humana. Un punto de vista físico-natural tendría que aceptar que mientras no se haya extinguido la última función orgánica y la actividad del último tejido sigue habiendo vida y, por tanto, no solo subsiste la posibilidad de cometer un homicidio durante ese lapso, sino que no se podría realizar ningún transplante de órganos.

Aceptamos aquí un concepto normativo de la vida como bien jurídico en el homicidio y en el aborto, pero partiendo de un criterio ontológico o natural de base físico-biológico, el cual obra como límite de la valoración social o jurídica de dicho bien.

6. El contenido constitucional del bien jurídico: vida humana

Se distingue entre la titularidad de los derechos, entre los que se cuenta la vida, de la garantía y protección eficaz de los mismos que en un Estado de Derecho corresponde al Estado a través de sus diversas instituciones que portan diversos medios y recursos[70].

Desde el punto de vista jurídico-político el derecho a la vida implica la obligación de los poderes públicos de **respetar** la vida de todas las personas, **impidiendo** que el Estado mate seres humanos o legalice el homicidio[71] y, asimismo, la obligación del Estado de **protegerla** frente a los ataques de terceros[72]. El Estado tiene la obligación de remover los obstáculos y las limitaciones de orden eco-

---

[70] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 61.

[71] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 26; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 15; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 63.

[72] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 27; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 4; RODRÍGUEZ ZAPATA, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, cit., p. 323.

nómico y social que impidan su adecuada realización[73]. El derecho a la vida tendría, así, un **significado social positivo**[74].

Respecto al deber del Estado de preservar el derecho a la vida el Tribunal Constitucional peruano ha señalado, en el caso de los buses camión en la sentencia recaída en el Exp. N° 7320-2005-PA/TC Lima Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. (fundamento N°s 69 a 71) que:

> *"Así, en vista de la controversia materia de estos autos, para el Tribunal absolutamente claro, y por ello es necesario reiterar, que no solo no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que, conforme a lo expuesto en los Fundamentos N°s 7 a 18, y 69 a 71, supra, el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo–, a fin de garantizar otros bienes constitucionales –en el caso, la integridad, la seguridad y la vida– que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido– ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere. No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios y procura el resguardo y cuidado de las condiciones de seguridad y la vida misma.*

---

[73] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 144; BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, cit., p. 113; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 64. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado respecto al derecho a la vida en el caso Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala que: «*En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*».

[74] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 80.

El Estado, pues, no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que, por el contrario, ante la problemática presentada, que ponía en riesgo la seguridad y la vida misma de los usuarios, las imperfecciones del mercado y la falta de soluciones de parte de los agentes económicos y los grupos sociales, designó previamente una comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural y otorgó un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Tal actuación justifica su intervención en la medida que, por un lado, de por medio están otros valores constitucionales, y, por otro, su accionar en materia de transportes está orientado al resguardo de las condiciones de seguridad y la vida misma de los usuarios, razones, todas, por las cuales la demanda no puede ser estimada".

El deber del Estado de proteger la vida no se presenta como la obligación de eliminar por completo todos los riesgos que puedan atentar contra este bien jurídico, más aún si en las sociedades actuales es común la proliferación de peligros de diversa índole que pueden afectar los diversos bienes jurídicos, entre ellos la vida y que por lo común adquieren niveles altos, v.gr. tráfico motorizado, empleo de nuevas tecnologías, desarrollo industrial, etc.[75] No es posible que se prohíban y erradiquen los diversos riesgos contra la vida, habida cuenta que ello implicaría incurrir en una grave disfuncionalidad social e, incluso, en la paralización de la misma. Sin embargo, ello no debe entenderse como si el Estado renunciara a la regulación y control de dichos peligros, más aún si puede lograr que se mantengan dentro de los límites tolerables y permitidos[76], ya sea recurriendo a prescripciones administrativas o a la realización de labores de supervisión y control periódica de las diversas fuentes de peligro.

---

[75] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 26; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 63; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 15.

[76] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 63; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 27.

Los comportamientos prohibidos por el delito de homicidio no se mantienen inalterables ni siempre son los mismos desde la perspectiva del desarrollo de la sociedad y la configuración de los diversos peligros. Las conductas lesivas varían de acuerdo con la aparición de nuevos medios, procedimientos, técnicas o instrumentos disponibles para el ser humano, según cada momento y situación histórica[77].

La protección del bien jurídico "vida humana" debe despojarse de cualquier atisbo o resquicio moral, religioso o ético, por más que haya preocupación compartida por su vigencia y respeto en otros ámbitos. La prohibición y castigo del homicidio responde a la necesidad de proteger los derechos fundamentales, garantizar la paz social y lograr la convivencia pacífica, más que aplicar en el campo del Derecho la norma *"no matarás al prójimo"*[78].

Por otro lado, la protección de la vida en el homicidio no tiene ninguna relación, al menos desde el punto de vista constitucional, con la tutela directa o mediata del interés demográfico del Estado[79] o con el aumento o disminución de la tasa de natalidad o mortalidad. El que haya una población numerosa no convierte al homicidio en menos grave o, a la inversa, una población escasa no hace al homicidio más grave.

También la persona condenada a muerte[80], el anciano, el desahuciado, el enfermo terminal[81] el herido de muerte tienen derecho a la vida[82], así que toda acción que se despliegue en su contra y acelere la muerte de manera violenta supondrá la comisión del delito de homicidio[83].

---

77 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 11.

78 De modo distinto: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

79 Ibídem, p. 51.

80 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45.

81 Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. I, 18/54, p. 324; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 21; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 46.

82 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 20.

83 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 45.

7. Vida humana y el principio personalístico

El principio personalístico que rige la visión del ser humano por el ordenamiento jurídico[84] despliega también su influencia en el terreno del Derecho penal[85] y en particular en la clasificación de las diversas infracciones penales.

Esta ideología plantea la consideración del hombre valor y del hombre como fin en sí mismo que no es instrumentalizable en base a un interés ultrapersonal, situación que arrastra tres consecuencias[86]: a) la *centralidad de la persona humana* que erige la conservación de la dignidad y el desarrollo de la personalidad el fin primario y último del ordenamiento jurídico; b) la distinción entre *bienes fines* (vida, salud, honor, libertad) y *bienes jurídicos medios* (patrimonio, administración pública, etc.) que adquieren configuración y reconocimiento jurídico en la medida que sean instrumentos idóneos para la conservación y desarrollo de la personalidad, tanto en su dimensión individual y social; c) la centralidad de los delitos contra la persona humana que debe presidir tanto la ubicación, tratamiento e interpretación de los diversos delitos que conforman la parte especial del Derecho penal.

El principio personalístico se diferencia y distingue del utilitarismo que termina por concebir al hombre como un medio, como un objeto que puede ser instrumentalizable por razones estatales, colectivas, por razones de la felicidad de las mayorías o por criterios individualistas egoístas y que en la regulación de los delitos y de los bienes jurídicos consagran un especial énfasis e interés en las infracciones que afectan o ponen en peligro bienes jurídicos supraindividuales[87].

La Constitución peruana, como piedra angular del ordenamiento jurídico, consagra también el principio personalístico (artículo 1° de la

---

[84] Cfr. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho constitucional*, cit., T. II, p. 318.

[85] Cfr. STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1768.

[86] Por todos, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 29.

[87] Vide MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., pp. 30 y 41.

Constitución), circunstancia que orienta y promueve su influencia directa en los diversos sectores del ordenamiento jurídico, en especial el Derecho penal, decantándose por la primacía de aquellas infracciones que afectan los bienes jurídicos personales y que guardan relación directa con la dignidad de la persona humana.

8. Vida humana y regulación jurídica

Sobre la base de la evidente importancia que manifiesta el derecho a la vida, el ordenamiento jurídico acuerda su reconocimiento en forma plena dentro de las diversas disciplinas que la componen[88]. Así, por ejemplo, en el Derecho constitucional se consagra en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución. El artículo 5° del Código Civil es una muestra palmaria de su recepción. El Derecho penal no podía ser la excepción pues reserva la más amplia protección al derecho a la vida a lo largo de catorce artículos, sistematizados, en los dos primeros capítulos del primer título del Libro II del Código Penal y que comprende el homicidio y el aborto. Su importancia queda también reflejada en los diversos textos internacionales reconocidos por el Perú y en los más trascendentes documentos jurídicos de los diferentes ordenamientos del Derecho comparado.

Respecto a los primeros, vale citar el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 3° prescribe que *"todo individuo tiene* ***derecho a la vida****, a la libertad y a la seguridad de su persona"*. El artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, señala que *"Toda persona tiene* ***derecho a que se respete su vida****. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, prescribe en su artículo 1° que *"Todo ser humano tiene* ***derecho a la vida****, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.

---

[88] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., San Marcos, Lima, 1998, p. 35; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 4; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63.

III. LÍMITES TEMPORALES DE PROTECCIÓN

1. Generalidades

La vida es un continuo e incesante proceso que se inicia con la concepción y solo culmina con la muerte[89]. Sus límites están marcados por el carácter temporal que le es inmanente[90]. Ella es protegida en cuanto a su desarrollo, crecimiento y formación biológica por el Derecho. La tutela legal de la vida, si bien es permanente y continúa durante las diversas etapas que comprende, su protección es diferenciada, según la ley, por el hecho biológico del parto y por la aparición de la vida humana independiente[91]. Una es la tutela concedida a la vida humana antes del nacimiento (aborto) y otra es la extendida después de él (homicidio). En ambos casos el fraccionamiento y distinción en cuanto a la tutela jurídica de la vida, viene impuesta por el hecho firme y radical del parto[92].

En el Derecho penal peruano la vida está protegida en sus diversas etapas de desarrollo, ya sea en el intervalo de formación biológica (aborto) o ya en el lapso de su plena constitución biológica y psíquica (homicidio)[93]. Se alude aquí a una protección continuada de la vida[94] que solo se extingue con la muerte[95].

---

[89] Así también, por ejemplo, lo reconoce de modo explícito la sentencia del Tribunal Constitucional español del 11 de abril de 1985, que considera que «la vida humana es un devenir, un proceso, un continuo desarrollo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos». BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., pp. 4 y ss.

[90] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 62; FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 5 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 170 y ss.

[91] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 11.

[92] Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., 7ª reimp., Tea., Buenos Aires, 1976, T. III, p. 16; RODRÍGUEZ DEVESA, José, *Derecho penal español. Parte especial*, 14ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pp. 21 y ss., quien sostiene que «el distinto grado de perfección de la personalidad que existe entre la vida intrauterina y la vida extrauterina tiene una manifiesta repercusión en las leyes penales, castigándose con menos severidad el aborto que la destrucción de una vida humana independiente del seno materno».

[93] Cfr. FARRÉ TREPAT, Elena, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, J. M.Bosch, Barcelona, 1992, p. 231.

[94] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 180.

[95] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

La vida humana es protegida por el ordenamiento jurídico desde la concepción y durante su desarrollo intrauterino[96] y posnatal. La vida nunca deja de estar protegida jurídico-penalmente[97]. Los atentados que tienden a causar daño (matar) al feto configuran el tipo de aborto. Sin embargo, es a partir del parto en donde la protección a la vida se vuelve más integral y completa, ya que antes de esta etapa la protección a la vida del embrión no es tan amplia y rigurosa[98]. Basta citar el hecho de la completa impunidad del aborto imprudente. El parto-o en su caso el nacimiento-representa el inicio de una protección reforzada en donde se castiga no solo los atentados dolosos contra la vida, sino también los atentados culposos Con razón, se afirma que la vida fetal termina con el nacimiento[99].

La mayor severidad de la sanción del homicidio reside en la lesión a una vida humana plenamente formada y constituida que se expresa ineludiblemente desde el inicio de la afloración del infante, vía los primeros dolores del parto o el posterior contacto del ser humano con el exterior. Empero, la razón **socionormativa** más importante reside en el hecho que el parto supone la incorporación del ser humano a la vida social en una forma que no era posible mientras se encontraba en el interior de su madre[100].

---

96 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 11. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 5 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 170 y ss.

97 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6.

98 Cfr. ROXIN, Claus, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, Vol. II, p. 1196. En el caso de la doctrina española, ampliamente: PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 166.

99 Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 13.

100 Ampliamente, PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 215.

La distinta protección a la vida humana que se asume en el homicidio y en el aborto si bien constituye una decisión normativa que se funda en razones de política jurídica, no es una tarea que corresponda resolver y desarrollar a los juristas, sino que es consecuencia de los valiosos aportes que prestan el avance y las investigaciones de las ciencias médicas[101]. Por tanto, resulta imprescindible la necesaria colaboración y auxilio recíproco que debe haber entre la ciencia jurídica y las ciencias médicas en la determinación de los límites de la vida humana, más aún si una diferencia de centímetros o de segundos es lo que marca el límite entre un homicidio o un aborto[102].

Si bien se reconoce que el derecho no tiene por qué estar vinculado estrictamente a los conceptos médico-biológicos[103], ello no quiere decir que sea absolutamente libre para determinar los contornos y límites de la protección a la vida. Por el contrario, las variables normativas deberán mantenerse dentro de los parámetros de valoración trazados por los conceptos médicos[104].

Si la vida humana es un proceso cuyas etapas fundamentales vienen impuestas por la vida intrauterina y por su posterior aparición (parto) es lógico que si se protege a una se cautele también a la otra, debido a que no puede afirmarse la consecuencia sin reconocerse previamente la causa. La vida no aparece por azar, albur o caso fortuito en el parto, sino que es producto irrefutable de un largo y complejo proceso que tiene su fase más exquisita y misteriosa en el periodo intrauterino.

El fundamento racional para una diferenciación en la imposición de una mayor o menor penalidad de los atentados contra la vida humana (homicidio) estriba no solo en el inconfundible acontecimiento fisiológico del parto, o de la separación posterior del seno materno,

---

101 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 11.

102 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 21.

103 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

104 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 41; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

sino en el hecho de configurar una lesión a una unidad de vida humana ya formada de manera definitiva que puede valerse por sí misma[105] (aún de modo parcial) e interrelacionarse en y con el mundo social[106]. La vida, se afirma, es un proceso continuo, pero al que socialmente se le atribuyen valoraciones diversas en función a su grado de desarrollo y relación[107].

Tomamos distancia de aquella tesis de neto corte *fisiológico* o *"luminoso"* que no encuentra el fundamento de la mayor penalidad del homicidio respecto al aborto en la maduración plena del feto como ser humano plenamente constituido, sino en la percepción visual de la persona[108]. Ello se debe al hecho que es inaceptable que el delito sea menos reprochable por la sencilla razón que no se ve a la víctima directamente[109].

Nos alejamos también de quienes consideran a la vida humana intrauterina como una simple esperanza de vida[110], dado que esta afirmación no solo está de espaldas a las leyes y al Derecho, sino se opone e ignora las verdades científicas que reconocen la existencia de vida humana en el feto.

---

[105] Esta noción de ser humano plenamente constituido se compadece con las raíces etimológicas del homicidio (*homus* = hombre, *caedes* = muerte), que no es otra cosa que matar a un hombre, esto es, a un hombre ya formado. La referencia a un ser humano biológicamente constituido no excluye de la tutela jurídica a personas que por desgracia de su nacimiento o por el aciago destino presentan malformaciones o esconden limitaciones físicas, por lo que, se ha de entender como ser humano formado aquella vida que goza de las condiciones biológicas mínimas que se manifiestan de modo inexcusable durante el parto.

[106] ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 16, alude a una *dimensión social de la vida humana*.

[107] Por todos, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 39.

[108] Esta posición al margen de la notoriedad científica de su formulación puede acarrear graves consecuencias prácticas como el hacer depender la configuración de homicidio o aborto de la mayor o menor, escasa o intensa visibilidad que el sujeto activo tenga del objeto material del delito: la persona que nace. Esta tesis –como bien apuntan algunos juristas– tiene la virtud de convertir un problema científico serio en un simple problema de luminosidad que muchas veces depende de las variadas condiciones ambientales y de las peculiares percepciones de las personas.

[109] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 222.

[110] De este modo, sin embargo: HUERTA TOCILDO, Susana, en HUERTA TOCILDO, Susana y OLIVA GARCÍA, Horcio, *Aborto con resultado muerte o lesiones*, Universidad Complutense, Madrid,

La delimitación del inicio de la protección de la vida en el homicidio no solo reviste una importancia hermenéutica de innegables consecuencias prácticas sobre la base de la distinta penalidad que se establece a una y otra figura, sino que responde también al hecho de precisar el alcance y ámbito de cobertura de las causas de justificación especificas del aborto y que serán inaplicables una vez que el niño nazca[111].

2. El inicio de la protección a la vida en el homicidio

a. La regulación del Derecho comparado y la legislación nacional

La protección y tutela de la vida humana en el homicidio suele fijarse comúnmente, en cuanto a su límite mínimo, desde el parto o en los momentos inmediatos. Al respecto emergen a grandes trazos dos grandes criterios legislativos que asumen perspectivas diferentes en razón a la tutela de la vida en el homicidio.

Uno de ellos considera el inicio de la protección penal en la fase terminal del alumbramiento, esto es, al producirse el desprendimiento total y completo del infante del seno materno. Este criterio emplea una terminología legislativa diversa. Se alude, por ejemplo, al recién nacido, inmediatamente después del parto, (artículo 578° CP italiano) o en la forma legal tan simple como lacónica referida al "recién nacido" (artículo 410° CP español derogado).

Otro criterio legislativo consiste en construir la figura del homicidio desde las primeras contracciones y dolores del parto, hechos fisiológicos que denunciarían la inminente salida del producto de la concepción. En la formulación de este punto de vista se utiliza la extendida y

---

1977; IDEM, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en VV.AA., *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1984; ANIYAR DE CASTRO, Lolita, «Sistema penal y sistema social. La criminalización y descriminalización como funciones de un mismo proceso» en *Memorias del Segundo Encuentro Nacional de Abogados Penalistas*, Cali, 1981, quien considera primero al «aborto como un delito sin víctima» [sic] para luego afirmar que «el feto es una prolongación del cuerpo de la madre» y que «la vida no comienza sino con el nacimiento y que lo que existe en el seno materno es más que una esperanza de vida» [sic].

[111] Por todos, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 37.

común expresión "*durante el parto*" (artículo 110° CP peruano; artículo 217° del CP. alemán; artículo 81° CP. argentino; artículo 116° CP. suizo, etc.).

Respecto al primer criterio legislativo no es pacífica, ni menos unánime la doctrina a la hora de encontrar y desentrañar una interpretación unívoca de la fórmula "*recién nacido*"[112]. Así, en la legislación española derogada a esta expresión se le imprimió sentidos y requisitos diversos como "la posibilidad lógica de que el feto pueda sobrevivir sin ulterior dependencia de la madre"[113], que tenga "autonomía de vida"[114], se haya producido "la total y completa separación del claustro materno"[115], "el mismo momento del nacimiento"[116], tal vez sea "posible la percepción visual"[117], "que se haya iniciado la separación del vientre materno"[118] o que finalmente cumpla con el requisito de la "respiración pulmonar"[119]. Este último planteamiento logra también repro-

---

[112] No obstante, destaca sus ventajas: PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 226.

[113] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6.

[114] Vide BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 22.

[115] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 39; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 43; FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 224, nota 14; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 22.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 22; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 26; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 3.

[116] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46.

[117] GIMBERNAT ORDEIG, en notas a QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, T. I, p. 505.

[118] CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1980, T. II, p. 524 y STAMPA BRAUM quien habla de la «expulsión motivada del parto»; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 8.

[119] Criterio más claro y práctico según QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, p. 130. Igual: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 704; COBO DEL ROSAL, Manuel y CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 510; y DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 135, quien hace la salvedad «que en casos marginales

ducirse en Italia de modo generalizado[120]. Pese a todo, y frente al variopinto panorama, los inconvenientes no desaparecen allí, dado que el empleo de la frase "recién nacido" acarrea la presencia de una "zona neutra" o "sector libre" de protección de la vida que se manifiesta en la etapa inicial e intermedia del parto.

En efecto, en caso se presenten atentados contra la vida durante las primeras contracciones y dolores del parto, no sería posible configurar el homicidio, situación que lleva a la doctrina a sustentar la impunidad o en su defecto extender de modo ficticio los alcances del aborto hasta los momentos avanzados del parto[121]. Sin embargo, resulta evidente que nos encontramos frente a inexcusables hipótesis de homicidio.

En lo que atañe al segundo sistema legislativo en virtud al empleo de la fórmula "**durante el parto**", se logra evitar la problemática, descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, no por la asunción de la frase "**durante el parto**" logran desaparecer y se eliminan algunos otros problemas de hermenéutica que surgen de dicha formulación. Es más, los inconvenientes interpretativos se complican y amplían por la sutileza de las diferencias y lo venial de los contrastes, cuestiones que imponen desentrañar sus límites y fronteras[122].

Sin embargo, a caballo entre estas posiciones surge una tesis que plantea –en general de lege ferenda– como inicio de la protección diferenciada entre el homicidio y aborto la existencia de **viabilidad extrauterina**, es decir, desde el momento que el feto alcanza el desarrollo suficiente para vivir independientemente del organismo de la madre, aun cuando requiera del apoyo de medios técnicos y la dependencia vital subsista hasta la expulsión del seno materno[123] tal como ocurre, por ejemplo, en el Derecho holandés y anglosajón.

---

como los casos de vida apneica extrauterina se estará por la manifestación de vida en cuanto a la persistencia después de la separación del claustro materno». Este criterio es insatisfactorio para explicar el posible homicidio cometido a través de la asfixia o del impedimento de la respiración pulmonar de quien comienza a ser expulsado.

120 Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 312.

121 Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 510.

122 De modo crítico: PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 226.

123 Vide los planteamientos de ESER, Albin y KOCH, Hans-George, «Interrupción del em-

b. Los problemas interpretativos de la expresión "durante el parto"

En el Perú, como parte del sistema que asume "el criterio del parto", surgen tres enfoques multiformes y diversos cuya trascendencia jurídica, en la determinación del límite mínimo de protección a la vida, no corre pareja con la leve distinción biológica existente entre las etapas o periodos comprendidos en el parto[124] (ver *infra*).

Una primera posición considera que la frontera mínima de protección a la vida en el homicidio viene representada por el hecho fisiológico del nacimiento o de la autonomía de vida. Para ello se acepta el criterio de la percepción visual[125]. La protección jurídica comenzaría así en la fase terminal y última del parto, cuando el producto de la concepción ha sido expulsado.

Las objeciones que se dirigen contra esta tesis es que valora un contexto limitado y muy circunscrito de casos, en particular aquellos en los que efectivamente se logra visualizar al producto de la concepción, pero deja fuera de punición casos indiscutibles de homicidio solo por inconvenientes circunstanciales carentes de valor como cuando hay escasa visibilidad, el sujeto es invidente[126] o cuando no se ve a la víctima directamente[127].

Un segundo criterio interpretativo de la expresión "durante el parto" reduce a un límite intermedio la protección de la vida en el homicidio. Aquí deja de exigirse la completa separación del infante del seno de

---

barazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», en *Cátedra*, Año V, Nº 8, Lima, 2001, p. 110 y de GROPP en Alemania en PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 171; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6.

[124] En el caso del derecho español: PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 168.

[125] De este modo: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41.

[126] Cfr. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 378.

[127] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 36.

la madre o la autonomía de vida, para asumir que la tutela penal está satisfecha desde el instante que el ser humano **ha nacido** (abandono total del vientre materno, aun cuando subsistiera el cordón umbilical), e inclusive desde que está naciendo (expulsión del feto). ROY FREYRE[128], sustentador de esta posición, arriba a esta conclusión luego de equiparar "interpretativamente" la frase "durante el parto" como sinónimo de "durante el nacimiento"[129]. Considera que "se supera de esta manera, mediante una interpretación restrictiva, el error de técnica que se ha incurrido al recepcionar en la norma penal un concepto perteneciente a la medicina que dice más de lo que quiere la voluntad de la ley" (¿?). La ventaja de este punto de vista reside en el hecho que se puede verificar que la agresión incide directamente en el recién nacido y no en el cuerpo de la madre; de tal modo que la conducta propia del homicidio aparece cuando es posible matar directamente al producto de la concepción[130].

Finalmente, aparece un último criterio sustentado por HURTADO POZO[131], quien observa la necesidad político-criminal y la urgencia de una adecuación de la interpretación a las palabras de la ley, fundada en la tan aludida y conflictiva frase "durante el parto". Este autor considera, como límite mínimo de protección a la vida en el tipo de homicidio a la etapa inicial del parto que se manifiesta en los primeros dolores provocados por *"las contracciones del útero, involuntarios y rítmicas que se hacen más vigorosas, insistentes y frecuentes hasta la expulsión del nuevo ser"*[132]. Esta noción, tal como se reconoce, es la más compatible con la medicina legal y la obstetricia[133].

---

[128] ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, pp. 70 y 209.

[129] Aun cuando de modo sorprendente e inexplicable reconoce que «el parto es un proceso más amplio que el nacimiento el cual se halla incluido en aquel».

[130] Vide GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 21.

[131] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 7 y ss.; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, Eddili, Lima, 1982, p. 23; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 69.

[132] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 8. También en este sentido: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 380.

[133] Vide al respecto: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 34.

Revisemos: mientras una posición sitúa la tutela de la vida en el homicidio en el momento de la expulsión del recién nacido del seno materno, otra considera únicamente como requisito de protección el inicio de la expulsión o la respectiva afloración al exterior del organismo o de algunas de sus partes (pies, cabeza, etc.). Finalmente, el tercer criterio no asume la exigencia de las dos posiciones anteriores, le basta únicamente las primeras contracciones, las cuales cobran nivel de signos sensibles con la aparición de los primeros dolores. Dentro de esta última variante se ha de citar aquella perspectiva que asume la aparición del homicidio cuando se produce la dilatación caracterizada "por los primeros dolores y el ensanchamiento del cuello uterino"[134].

c. Los alcances de la expresión "durante el parto"

Creemos que el planteamiento correcto es el tercer criterio, no tanto por respeto y confianza en las palabras de tan autorizados autores, sino más bien por representar la interpretación que cubre con mayor fidelidad el sentido de la ley peruana.

Un primer argumento que viene a respaldar nuestra afirmación lo constituye la misma definición de **parto natural** que se entiende como proceso[135] de orden temporal[136] donde concurren y fluyen mecanismos físicos[137], químicos[138] y psicológicos[139] cuyo momento inicial se fija en las primeras contracciones musculares del útero, desencadenantes de

---

134 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Delito de homicidio*, Gios, Lima, 1991, p. 38.

135 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 38: «El nacimiento no es biológicamente ningún hecho instantáneo, sino más bien un proceso que se inicia con los dolores del parto y culmina con la total expulsión del feto». QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6.

136 El parto tiene un periodo prolongado de duración por lo general de 13 a 16 horas en las mujeres nulíparas y de 7 a 8 horas en las mujeres multíparas. Sin embargo, ha de resaltarse que el parto en ocasiones está supeditado a diversos factores como la posición y el tamaño del feto, la dimensión de la pelvis materna y de la misma tensión y ansiedad de la mujer.

137 Como el tamaño cada vez mayor del producto de la concepción que extiende las fibras musculares y la correspondiente distensión del segmento uterino inferior a raíz del comienzo del encajamiento fetal.

138 Como cambios hormonales complejos, asociados con el envejecimiento de la placenta y por la producción del principio oxitócico por la hipófisis.

139 Como las noticias perturbadoras y las emociones fuertes.

sensaciones dolorosas[140] que permiten la dilatación del cuello uterino y la posterior expulsión del producto de la concepción hasta el momento que la placenta y las membranas logran desprenderse o ser expulsadas del cuerpo de la mujer embarazada.

No obstante, se debe precisar que no todo dolor en el proceso final de gestación es señal inconcusa del parto (recuérdese sino el supuesto de falso parto)[141], a tal efecto se debe enfatizar que las contracciones han de ser tan frecuentes como periódicas[142] y deben estar precedidas, como etapa anterior al parto, por cambios y señales que indican y anuncian la inminencia del mismo[143].

Son justamente estos signos evidentes, los dolores de la embarazada, que han de atestiguar la presencia del parto y la posibilidad de la comisión del homicidio.

La consideración del parto como proceso de orden temporal es compatible con la expresión legal "durante el parto". El legislador consciente que crea una regulación jurídica (homicidio) a partir de un hecho biológico, es que asume su tratamiento tal como aparece y emerge en la realidad, esto es, como un **proceso dinámico y activo** poseedor de un momento inicial, a modo de fusión biológica (contracciones uterinas) y psíquica (dolores del parto), y una fase terminal cuya cúspide más notable viene a ser representada por la expulsión definitiva del producto de la concepción del seno de la madre. En tal orientación y

---

[140] En contraste con una extendida percepción que contempla la manifestación del dolor en el parto a través de quejidos o gritos, debe resaltarse que nada obsta para que el dolor sea «sordo», a modo de cólico o de calambre.

[141] Aceptando la plenitud de los dolores del parto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 8 y 112, quien los considera «un buen punto de referencia».

[142] La ciencia médica señala la inminencia del parto cuando las contracciones ocurren cada diez minutos en un intervalo de una hora.

[143] Como aligeramiento [el feto comienza a asentarse en la pelvis], expulsión del moco por la vagina, micción frecuente y rotura de la membrana amniótica. Cfr. HAMILTON, Persis Mary, *Asistencia materno infantil en enfermería*, Interamericana, México, 1978, pp. 118 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 97, equivocadamente sostiene como inicio del parto la sola ruptura de la membrana amniótica.

como argumento principal que sustenta al tercer criterio, se debe señalar el reconocimiento por la ciencia médica de tres periodos o etapas conformantes de la unidad del proceso del parto[144].

Un primer periodo está constituido por la ***etapa de dilatación*** que se inicia con las contracciones uterinas[145] causantes de los dolores del parto y se extiende hasta la dilatación cervical completa. Esta fase es la etapa más larga y tediosa del parto dado que llega a prolongarse en un promedio de ocho a doce horas. Las contracciones son de dos clases: a) las contracciones dilatantes que se manifiestan en el periodo de dilatación y; b) las contracciones del parto que se dan durante el periodo de expulsión. Las primeras marcan el inicio del trabajo del parto y se caracterizan por abrir el canal hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto. No es necesario que las contracciones de expulsión hayan empezado[146]. Una vez que se produzcan las contracciones de dilatación se inicia la tutela del bien jurídico "vida" en el homicidio.

El segundo periodo se encuentra marcado por la *etapa de la expulsión o del nacimiento*, a la sazón la más importante, que arranca con la paulatina salida del producto de la concepción. Su duración suele ser por lo común entre una a diez horas.

La última etapa viene a denominarse ***periodo placentario o alumbramiento***, en donde las membranas suelen desprenderse y son expulsadas del cuerpo.

A efectos de la relevancia penal, solo el primer y segundo periodo gozan de importancia, toda vez que determinan tanto el inicio del par-

---

[144] A mayor abundamiento ver BOOKMILLER/BOWEN/CARPENTER, *Enfermería obstétrica*, Interamericana, México, 1968, pp. 154 y ss.; HAMILTON, *Asistencia materno infantil*, cit., pp. 122 y ss.

[145] Las contracciones tienen tres fases: *La primera fase* de las contracciones es la fase latente, y es cuando las contracciones empiezan a volverse más frecuentes (cada 5 a 20 minutos) y algo más intensas. El cuello uterino se dilata y se borra (adelgaza). *La segunda fase* es la fase activa, en la que el cuello uterino se dilata de 4 a 7 centímetros. Las contracciones se vuelven más prolongadas, intensas y frecuentes (normalmente cada 3 ó 4 minutos). *La tercera fase* se llama transición, y en ella, el cuello uterino pasa de 8 a 10 centímetros. Las contracciones suelen ser muy intensas y rítmicas y duran entre 60 y 90 segundos.

[146] Vide ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1197.

to como la definitiva separación del producto de la concepción del seno materno y el consiguiente comienzo y configuración del delito del homicidio. Poco le interesa al Derecho en la protección de la vida, la separación y desprendimiento de la placenta y las demás membranas. Solo importa fijar el comienzo del parto (contracciones uterinas causantes de los dolores del parto) y la culminación del mismo en el hecho irrefregable de la expulsión definitiva.

Por tanto, queda efectuada una nítida distinción, que consiste en delimitar los alcances y la relación entre parto y nacimiento. Así, mientras el primero es un proceso amplio que comprende los tres periodos ya enunciados, el nacimiento es solo una de esas tres etapas y se reduce a la expulsión del infante al exterior. Cuando la ley alude al término "durante el parto", además de referir un proceso de orden temporal (ver *supra*), comprende también al hecho biológico del nacimiento, pero no se complace o restringe a él, dado que abarca también las contracciones y los dolores del parto.

En el Derecho comparado, propiamente en aquellas legislaciones en donde se levanta la protección a la vida humana desde el instante del parto, existe un mayoritario criterio de aceptar como inicio del homicidio el momento de los primeros dolores y contracciones intrauterinas[147], mientras un muy reducido número de opiniones se inclina a plantear como el comienzo del parto el inicio de la expulsión del producto de la concepción[148].

En el Perú, el criterio de los dolores del parto y las contracciones intrauterinas causantes de dilatación tiende a imponerse (ver *supra*).

---

[147] Así en Alemania: Dreher, Dressler, Naundorf, Mezger, Welzel, Schonke- Shoroeder, Frank, Liszt- Schmidt. En Argentina: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 18; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. IV, p. 74; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, T. IV, p. 23; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 11.

[148] Así en Alemania: Binding, Gerland y en Argentina: LEVENE, Ricardo (h), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 11.

Es necesario que el niño durante el parto se encuentre vivo[149], situación que no ocurre con los **acéfalos** que poseen un proceso biológico incompatible con la vida humana o con quienes mantienen una función vital residual[150].

La asunción de la tesis del inicio de protección a la vida en el homicidio en las contracciones de dilatación puede llevar consecuentemente a afirmar la presencia de esta figura –y no la de aborto– en el caso de que la mujer pese a lo avanzado de su dilatación se retrasa imprudentemente de acudir a un centro médico –o a recibir atención– razón por la cual se produce el deceso del niño[151], siempre que se realice un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso concreto.

d. La crítica de la tesis que equipara el parto al momento del nacimiento

El planteamiento del "inicio de expulsión" o del inicio de protección a la vida en el homicidio con el nacimiento se encuentra sometido a las siguientes objeciones:

i. ROY FREYRE, principal sustentador en nuestra patria de dicha posición, llega a sostener una equiparación entre parto y nacimiento, como si tales palabras fueran conceptos sinónimos, incurriendo en una clara contradicción cuando momentos antes, dentro de su misma exposición, resalta que el parto es más amplio que el nacimiento. Si esta última premisa, además de válida en el campo de la medicina, es cierta en el contexto jurídico, observamos con alarma y no llegamos a comprender el por qué de la equiparación,

---

[149] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 42; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32. En la doctrina italiana: ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 44.

[150] Ampliamente, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 17; IDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 174 y ss.

[151] De modo distinto: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 39.

más aún si biológicamente el parto y el nacimiento son hechos diferentes, que el autor reconoce, pero luego, termina negando.

ii. El fundamento de esta forzada sinonimia, objetable desde cualquier perspectiva, logra encontrarse –según el autor citado– en virtud la apelación de una interpretación restrictiva, merced a la cual "logra superarse 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"[152].

Frente a ello el intérprete de las palabras de ROY FREYRE debe preguntarse varias cuestiones como: ¿cuáles son aquellos procedimientos hermenéuticos, que a otros están vedados, los cuales conducen a ver una supuesta, pero ficticia, voluntad de la ley?, ¿acaso el espíritu de la norma, diverso a su letra, escoge el presentarse solo a los iluminados?, ¿o es tal vez, como parece, una renuente posición e infundado criterio de no aceptar y comprender que el Derecho penal también puede brindar cobijo a términos del lenguaje médico sin necesidad de alterar su sentido? Si esto fuera así, dicho proceder del legislador y del Derecho no sería el primer caso, ni tampoco el último. Entonces, ¿por qué la alarma y la restricción semántica?

Pese a todo, y sea cual fuere la segura brillante respuesta de ROY FREYRE, evocamos algunos principios que por lo obvio de su formulación suelen pasar desapercibidos, como aquel que señala que el intérprete no puede enmendar la plana y el escrito al legislador[153]. Si la ley tiene una formulación lata y un contenido amplio, de la misma magnitud ha de ser la interpretación, respetando siempre el sentido literal posible. Si la ley habla de "parto" no puede entenderse esta referencia como orientada únicamente al nacimiento, así como no puede entenderse como solo alusiva a mujer casada o mujer soltera la innominada y genérica fórmula inscrita en el infanticidio referida a "una mujer". La asunción de un mecanismo distinto de interpretación puede conducirnos a terrenos resbaladizos y peligrosos como a resultados nada satisfactorios. Por otro lado, cuando el intérprete

---

[152] ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 209.

[153] Recuérdese las tan famosas palabras de Soler: «El mejor tratado de derecho no puede derogar la peor ley».

discrepe de la redacción y semántica legal puede elevar en una obra, o en un artículo, su disentimiento y discrepancia, pero nunca ha de atreverse a sustituir y preferir su voluntad a la de la ley, más aún si el sentido de ella es clara e irrecusable. Además, se debe indicar la necesidad de conservar y distinguir en sus justos términos la crítica de *lege ferenda* y el necesario respeto a la *lege lata*.

iii. La equiparación forzada de los términos parto y nacimiento olvida, y tal vez desconoce, que el parto no solo es el proceso externo y visible (nacimiento) mediante el cual un niño viene al mundo, sino que también es un **proceso interno**[154] y que en virtud de este desarrollo de contracciones uterinas y dolores de parto, logra manifestarse luego, como hecho exterior.

Uno es causa del otro, y no se llega a comprender, sin descubrir un grave contrasentido, que aceptándose la consecuencia se excluya a la causa del sentido de la ley.

iv. La tesis que identifica parto y nacimiento de modo incorrecto, incorpora únicamente a la esfera de protección del homicidio los intervalos medios y máximos del parto (comienzo de expulsión y completa separación) y no abraza el límite mínimo, esto es, las contracciones uterinas y los dolores del parto. Olvida dicha posición, que la ley al emplear la expresión "durante el parto", comprende no solo a un proceso de orden temporal (de allí la apelación al adverbio "durante"), sino que abarca también tanto al límite mínimo de este proceso biológico. Por ello, tiene sumo acierto aquel criterio que comprende también en el inicio del parto, las contracciones uterinas y los dolores que anuncian la inminencia del nacimiento.

e. El límite mínimo de protección a la vida en la cesárea

Hasta ahora hemos detenido nuestro examen en la fijación del límite mínimo de protección a la vida, ubicándolo en el hecho biológico del **parto natural**. Sin embargo, no es esta la única vía por la cual la vida humana ya formada en el seno materno puede manifestarse al exterior.

---

[154] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 30 y ss.

Desde el punto de vista médico puede recurrirse también a la vía del parto inducido o cesárea. Aquí también es posible que se cometa un homicidio. En el parto artificial o cesárea no es aplicable, por lo extraño y ajeno a su naturaleza, el criterio de las contracciones uterinas y de los primeros dolores propio del parto natural. Es más, no puede sostenerse sin grave contradicción, como comienzo del homicidio, por un lado las contracciones de dilatación (parto natural) y por otro lado el comienzo de la expulsión o la extracción de la criatura (cesárea) tal como es desarrollado este tema por un sector de la doctrina[155]; dado que se incurriría en una asistemicidad reprobable. Tampoco se requiere el inicio de la extracción del feto del seno materno[156].

En el inicio de la protección a la vida dentro del supuesto del parto inducido no existe un criterio unívoco y pacífico. Por el contrario, aparecen tesis disímiles de difícil articulación y acuerdo.

Para algunos, el momento consumativo aparece no desde que se aplica la anestesia, sino desde que se inicia la intervención quirúrgica misma[157] o desde que se abre el útero[158]. En la doctrina nacional VÁSQUEZ SHIMAJUKO expresamente se ha pronunciado al respecto y sostiene como inicio de protección a la vida en el homicidio si es que se realiza en una cesárea a partir del "corte del saco amniótico, en tanto supone que dicha incisión [produce] una interrupción irreversible del embarazo; interrupción que no se produce con el corte del vientre ni con la incisión en el útero[159]".

Nosotros, sin desconocer el debate y la condición de tema polémico, consideramos la posibilidad del homicidio desde el momento en

---

[155] Así: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 75; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, T. III, p. 24.

[156] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

[157] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 32, quien cita a Stratenwerth; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 61.

[158] Vide ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1198.

[159] VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 382.

que se produce la **primera incisión en la apertura del abdomen**[160], toda vez que allí comienza de modo inequívoco el proceso del parto, tendiente a producir el nacimiento de la criatura y la subsiguiente separación del seno materno.

Creemos que cualquier opinión que se construya alrededor del inicio de la protección a la vida en la cesárea debe partir de los mismos presupuestos conceptuales y hermenéuticos que se emplean para determinar el inicio de protección en el parto natural, sin que ello implique olvidar las diferencias estructurales entre ambos.

En tal sentido, si se afirma que el inicio a la protección a la vida debe alcanzar los límites mínimos de la expresión legal durante el parto, tanto si se trata de un parto natural como de parto cesárea, en la medida que solo así se brinda una tutela más integral a la vida humana, lo coherente en este aspecto es que se sostenga que en la cesárea debe tomarse como su límite mínimo el inicio de dicha intervención u operación quirúrgica, lo cual se inicia de manera irremediable con la primera incisión.

Resulta llamativo y contradictorio que se sostenga, por un lado, que el inicio de protección a la vida en el parto natural sean las contracciones intrauterinas –y en concreto las contracciones de dilatación– descartándose la tesis del inicio de expulsión o de la percepción visual; y, por otro lado, se plantee que en la cesárea el inicio de la protección a la vida comienza en el corte del saco amniótico[161]. Una tesis coherente y armónica en este ámbito debería llevar en todo caso a sostener que en el parto natural el inicio de la tutela comienza bien con la expulsión del feto o, en su defecto, con las contracciones de expulsión.

En realidad, el corte del saco amniótico o el abrir el útero son actos que se realizan dentro y cuando ya la intervención de cesárea se ha

---

[160] Cfr. LUTTGER, *Medicina y Derecho penal*, p. 89.

[161] Sin embargo, así: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 378.

iniciado. Son actos posteriores a la primera incisión. En estos casos la dinámica de la cesárea ya se echó a andar y su aparición ocurre cuando ya esta se encuentra bien avanzada, por lo que no cubre estrictamente su límite mínimo, tal como ocurre, por ejemplo con el parto natural.

Finalmente, debe aclararse el hecho que la determinación del inicio de protección a la vida en el homicidio, ya sea parto natural o cesárea, no tiene mayor relación, o no por lo menos en todos los casos, con la posible configuración de los actos preparatorios y su diferencia con los actos ejecutivos[162], ya que la delimitación del inicio de protección no se realiza para cubrir tal fin y debido a que puede haber inicio de protección a la vida en el homicidio y no concurrir alguna tentativa o figura similar. Prueba de ello lo da el hecho que la tentativa de homicidio en la cesárea no surge cuando el cirujano realiza la primera incisión, o si se quiere se produce la ruptura del saco amniótico, sino cuando el tercero realiza los actos ejecutivos tendientes a matar, situación que puede producirse antes o después del corte del saco amniótico.

f. Naturaleza del problema de fijación de los límites mínimos de protección a la vida en el homicidio

La fijación del límite mínimo de protección a la vida en el homicidio representa tanto un problema de justicia material como de correcta labor hermenéutica por parte del intérprete.

Asimismo, se toma partido por una determinada posición de política jurídica y en concreto de política criminal[163]. Y ello no solo corresponde al **legislador** cuando elige y adopta una determinada formulación normativa que alude bien al parto, al nacimiento, a la ruptura de las aguas, entre otras, sino también al **intérprete** (juez o dogmático) que sobre la base de la interpretación de la ley determina su significado ya sea respetando de la manera más amplia su sentido literal posible o realiza una restricción de sentido sobre variables sistemáticas o

---

[162] Empero, así: Vásquez Shimajuko, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., p. 381.

[163] Cfr. Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 29.

de otra índole. Esta última labor es mucho más esforzada y encomiable en aquellos casos en donde la legislación no aporta una respuesta normativa que orienta la demarcación entre homicidio y aborto.

En todo caso, la inclinación por un determinado punto de vista supone la asunción de una postura *valorativa* a favor (o en contra) de una de las diversas etapas del parto como inicio de protección a la vida en el homicidio[164]. Dicha elección no puede ser arbitraria. Por el contrario, debe respetar el sentido de la ley, vincularse al mayor o menor marco de protección de la vida humana y aportar razones que la justifiquen.

La interpretación literal si bien es un método admitido y útil en este ámbito, debe ser complementada necesariamente por otros métodos de interpretación como el sistemático y sobretodo el teleológico[165].

g. El problema del *cambio de objeto de la acción*. Incidencia de la acción sobre el feto que termina con la producción de la muerte durante o después del parto

Uno de los problemas más importantes en este ámbito consiste en averiguar el título de la imputación, o tal vez la impunidad, que ha de ostentar el autor cuya conducta ha sido dirigida sobre un concebido; pero el resultado (muerte) se alcanza ya sea durante el parto o después de él. En breves términos: el problema se resume en que la acción se ejecuta sobre el feto, pero el resultado muerte se produce **durante o luego del parto**[166]. Se produce un cambio de estatus jurídico-penal, dado que de la esfera de protección del aborto o de lesiones al feto se pasa a la esfera de protección del homicidio y lesiones comunes[167].

---

[164] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 38 y ss.

[165] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 3.

[166] Adviértase que en aquellas legislaciones, como el Código Penal español derogado, donde el homicidio se configuraba cuando se atentaba contra el recién nacido, la muerte de un ser que está naciendo, sea por parto natural o cesárea, determina la presencia del aborto y no de homicidio (Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 504), por lo que en el ejemplo propuesto en dicha legislación, el homicidio ha de plantearse desde la existencia del recién nacido hacia delante, no comprendiendo al lapso de duración del parto.

[167] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción», en *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 171.

Las respuestas a tan sugestivo e interesante problema son muchas y variadas.

La primera de ellas considera que se está ante la presencia del delito de **homicidio consumado o eventualmente de lesiones consumadas**[168]. No interesa que la acción se haya realizado sobre el feto o concebido, dado que: *"La presencia efectiva del objeto de la acción pertenece a la dimensión de la lesividad, no a la del resultado, pero no al desvalor de la acción. La norma protege la indemnidad del bien frente a agresiones probables, de modo que lo único cuya presencia se requiere en el momento de la acción es el valor o la pretensión de vigencia del bien jurídico (la expectativa en otros términos) el riesgo penalmente relevante y los elementos de imputación subjetiva"*[169]. El riesgo que tiene que concurrir al momento de la acción es simplemente probabilidad. Lo importante es la cualidad del objeto de la acción al momento de la afectación. En la doctrina nacional VÁSQUEZ SHIMAJUKO ha suscrito en su integridad este planteamiento[170].

Desde el prisma de la teoría de la imputación objetiva se sostiene que no solo debe contemplar un juicio objetivo *ex ante* que se está creando un riesgo penalmente relevante para un sujeto con vida humana dependiente, sino también para la vida o salud de un sujeto con vida humana independiente[171]. La perspectiva normativa obligaría a tomar en cuenta que lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la acción, su dimensión objetiva o subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos, los explica[172]. La norma prohíbe crear riesgos para objetos de acción probables y es irrelevante el hecho del cambio del estatus del objeto de la acción tenga lugar antes o incluso después de la incidencia de la acción sobre el mismo.

---

[168] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 134; SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción», cit., p. 174.

[169] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción», cit., p. 174.

[170] VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», cit., pp. 385 y ss.

[171] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción», cit., p. 178.

[172] Ibídem, p. 179.

Se concluye que el elemento típico objeto de la acción "en sus elementos constitutivos" al igual que el resultado, solo es necesario que concurra *ex post. Ex ante,* lo único preciso es que haya un sujeto cuya acción encierra el riesgo de producir el resultado lesivo del bien jurídico. Sujeto y acción típica son elementos que deben concurrir *ex ante,* pues son los presupuestos para la infracción de la norma[173].

Se distingue entre los casos en donde el agente, pese a actuar sobre el concebido, tiene la intención de producir su muerte durante o luego del parto. En el primer caso estaremos ante un homicidio doloso consumado[174], mientras que en el segundo o bien ante un homicidio culposo o bien ante un homicidio preterintencional.

A este punto de vista se le critica que bajo esta lógica, cualquier conducta tendiente a practicar un aborto puede terminar siendo subsumida en el delito de homicidio. Solo sería necesario que la muerte se produzca fuera del claustro materno. Asimismo, dicha calificación dependería peligrosamente de factores aleatorios e inesperados que no se relacionan con la voluntad del autor[175], tal como ocurre con la especial resistencia y fortaleza de la víctima, la escasa eficacia del medio, la ayuda médica oportuna que prolonga el tratamiento. Se estaría premiando injustificadamente a quien tiene la suerte que su víctima muera en el vientre materno[176].

Incluso, debería llegarse al acuerdo de que el autor que se represente altamente el peligro de que su acción produzca la muerte durante o después del parto, aun el resultado sobrevenga después, deberá responder tanto por tentativa de homicidio doloso como por aborto consumado[177].

---

173 Ibídem, pp. 181 y 182.

174 BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas,* cit., pp. 24 y ss.

175 Cfr. FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 232.

176 Loc. cit.

177 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 235; FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 232.

Empero, el argumento más contundente señala que de llevarse al extremo y siendo consecuente este criterio terminaria por unirse como homicidio culposo todas las maniobras imprudentes que realice la madre (consumo de alcohol, drogas, alimentación deficiente, enfermedades contraídas por falta de higiene o de cuidado en el aseo, exceso de trabajo o de ejercicio físico) que determinan la muerte de su hijo durante o después del parto[178].

La impunidad o el eventual castigo a la madre depende del momento –sumamente discutible, aleatorio y cargado de incertidumbre– en donde se produce la muerte de su hijo: si es antes del parto habrá aborto, si es durante o después del parto la calificación será de homicidio. Incluso, se estaría tendiendo inexplicablemente un puente de plata y un beneficio injustificado a quien en la ejecución del aborto demuestra una mayor y más intensa energía criminal y quiere a toda costa llegar al resultado (muerte del concebido). En cambio, a quien no termina su acción o acabándola deja lesiones con secuelas futuras se le termina castigando por homicidio.

Por último, se insiste que no realiza la prohibición del homicidio quien despliega su acción en la etapa prenatal. Actuar sobre el feto no es todavía una conducta homicida. Del mismo modo que la finalidad de la norma prohibitiva del aborto no es evitar conductas encaminadas a producir la muerte a un recién nacido[179].

Una segunda posición califica el hecho como **aborto consumado**[180]. Esta tesis, dominante en España y Alemania, considera que una acción calificará como homicidio y aborto según la cualidad que tenga el objeto material en el momento en que la acción incida o comience

---

178 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 233; FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 233.

179 Vide FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 226.

180 Loc. cit.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T.I, p. 617; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1981, T. I, p. 279.

incidir sobre él[181]. Si el comportamiento recae sobre el concebido y la muerte ocurre durante el parto, o luego del mismo, y realiza el riesgo creado por dicha acción, sin que intervengan otras acciones u omisiones en la fase posnatal, nos enfrentamos ante un aborto y no ante un homicidio. En igual sentido, habrá lesiones al feto y no lesiones personales cuando tras la acción sobre el feto dichas alteraciones a la salud se mantienen y continúan desarrollándose sobre el concebido[182].

La inmediatez de la muerte del niño como consecuencia de haberse actuado en contra de él, cuando era concebido, no constituye un requisito esencial del delito de aborto. Da lo mismo que la muerte se produzca de modo inmediato, durante el parto, horas, días o años más tarde[183]. Solo se exige que el resultado sea consecuencia del riesgo que se creó inicialmente a partir de la acción desplegada durante la concepción. Se aplican aquí las reglas de la imputación objetiva.

Dicha calificación típica (aborto consumado) es independiente de la distancia o separación temporal que pueda mediar entre la realización de la conducta y el resultado típico (muerte) v. gr. el caso del sida. Debe recordarse el planteamiento dogmático que distingue entre los casos en donde el daño a la salud se produce de manera lenta, pero continua hasta la producción de la muerte y aquellos otros casos en los que se llega a un determinado estado en donde la enfermedad se detiene y la muerte se produce mucho después como consecuencia de haber disminuido las defensas o de sus niveles de resistencia. En el primer caso estaríamos frente a un hecho indiscutible de homicidio consumado, mientras que en el segundo solo habría lesiones[184]. Si se aplica este criterio al caso de las acciones que inciden en el concebido, pero que terminan cau-

---

[181] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 229.

[182] Loc. cit.

[183] Cfr. FARRÉ TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», cit., p. 237.

[184] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/44, p. 1012. En sentido similar: RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., pp. 58 y 60; SCHÜNEMANN, Bernd, «Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida», trad. Santiago Mir Puig, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Problemas jurídico-penales del Sida*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 28 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español», en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 18.

sando su muerte con posterioridad al parto o durante esta etapa, la única calificación posible sería la de aborto consumado[185].

Los abortos o las lesiones al feto que se deben a conductas imprudentes de las propias gestantes no se consideran en nuestra legislación como delictivas, por tanto, se trata de riesgos no prohibidos por el ordenamiento jurídico. La madre gestante no es punible pese a que tenga una alimentación deficiente, exceso de trabajo, la ejecución de actividades deportivas y esfuerzos físicos innecesarios, consuma alcohol o fume de modo intenso[186].

Por último, se recuerda que esta posición lejos de plantear la impunidad constituye una interpretación **teleológico-restrictiva**, en la medida que la exclusión del ámbito del tipo del homicidio de las acciones descritas lleva a subsumirlas dentro del delito de aborto, limitando así el alcance de la punibilidad[187].

Una tesis intermedia reclama la calificación de concurso ideal de delitos entre la tentativa de aborto (querida por el autor) y homicidio imprudente cuando lo que se busca es un aborto, pero la muerte sobreviene durante o después del parto[188]. Sin embargo, a esta posición se le objeta la incorrección de plantear un concurso ideal cuando lo que hay es un concurso aparente de leyes que solo permite la aplicación de un solo precepto, ya sea de homicidio o de aborto[189], pero no ambos juntos.

La postura que asumimos ante el problema planteado es el de un aborto consumado. Se abandona la anterior posición que consideraba solo la calificación a título de tentativa de aborto[190].

---

185 Vide PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., pp. 191 y ss.

186 Ibídem, p. 241.

187 *In extenso*, PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 193.

188 Ampliamente, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 45.

189 Vide PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 231, nota 183.

190 Vide CASTILLO ALVA, José Luis, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 42.

Un sector de la doctrina penal plantea la posibilidad de recurrir a una formulación legislativa expresa que recoja expresamente la solución al problema, considerándolo, por ejemplo, como homicidio. Sin embargo, otro sector se pronuncia en contra –y con razón– de esta propuesta, en especial, ante la eventualidad de castigo a la madre que, por ejemplo, por maniobras imprudentes durante el embarazo (v. gr. consumo de drogas, exceso de trabajo, etc.) provoca causalmente que su niño muera durante o después del parto, habida cuenta que ello generaría mayor tensión y conflicto en la madre[191].

h. La prueba del homicidio en el límite de protección a la vida

Para probar de modo fehaciente la consumación de un homicidio pueden seguirse diversos criterios (ver *infra*) y puede apelarse a los más variados mecanismos probatorios establecidos en la ley procesal[192]. Sin embargo, especial dificultad cobra el determinar el homicidio de un recién nacido. El panorama probatorio se agrava aún más cuando se trata de precisar la existencia de un homicidio, un parricidio o un infanticidio a raíz de la acción ejercida contra un sujeto durante el parto.

Aquella tesis que sustenta el inicio del homicidio en el comienzo de la expulsión del producto de la concepción, suele evitar mayores controversias apelando a la prueba de respiración pulmonar merced a la práctica de una docimasia pulmonar hidrostática, la más eficiente y recurrida de las pruebas, o mediante una docimasia renal, umbilical y alimentaria[193]. Pese a ello los problemas empeoran cuando, aceptándose el extendido criterio de los dolores del parto y las previas contracciones uterinas de dilatación, se observa la comisión de un homicidio ya sea al impedir la expulsión del feto maduro, de inminente nacimiento,

---

[191] Por todos, ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1198.

[192] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

[193] Cfr. SIMONIN, C., *Medicina legal judicial*, trad. G. L. Sánchez Maldonado, JIMS, Barcelona, 1973, pp. 245 y ss.; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 135; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal*, T.I, p. 130; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 206.

o cuando se mata durante el parto, impidiendo el fenómeno biológico de la respiración[194]. Aquí poca es la ayuda, a pesar del esfuerzo, que pueda brindarnos la medicina legal.

La investigación y acopio de los medios probatorios han de dirigirse fundamentalmente, aunque no de modo exclusivo, a obtener pruebas de testigos y, si ello es insuficiente, debe buscarse la confesión del delito por parte del autor o los partícipes, en caso existan. Es más junto al estudio pormenorizado y exhaustivo de los móviles y fines que pudieron desencadenar la comisión del ilícito homicida, se puede apelar a la utilización del dato indiciario y a las leyes lógicas informantes de la prueba indiciaria[195] que pueden auxiliar a la resolución del crimen cometido.

En todo caso debe distinguirse lo que es un problema dogmático y de interpretación de un problema estrictamente de prueba respecto al inicio de protección a la vida en el homicidio[196].

i. La no coincidencia del inicio a la protección a la vida en el Código Penal y el Código Civil

Un problema adicional, que si bien no perjudica el panorama de protección a la vida en la órbita penal, constituye un inconveniente respecto a la posible unidad y coherencia de la tutela a la vida extrauterina por parte del ordenamiento jurídico, es la consideración de "persona" en el Derecho privado en donde se protege al ser humano otorgándole plenos derechos patrimoniales "desde su nacimiento"[197].

---

[194] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 20.

[195] Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1992, pássim; DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, reimpr. de la 9ª ed., Temis, Bogotá, 1989, Pássim.

[196] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386.

[197] Ampliamente, FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 2 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 170 y ss.

A cualquier observador, jurista o no, le resulta sumamente fácil percibir la diferencia existente entre la diversa protección que se brinda al comienzo de la vida extrauterina por el Derecho civil y el Derecho penal. Mientras, aquel utiliza la frase "desde el nacimiento" éste alude a la frase "durante el parto". Las preguntas y controversias se plantean con diversas formulaciones. ¿Pueden dos disciplinas pertenecientes a un mismo orden normativo, variar levemente los momentos de protección a la vida, una desde el parto y otra desde el nacimiento? ¿Es posible o no mediante la apelación a la vía interpretativa unificar dichos criterios? ¿Puede, quizás, con impropiedad o no, entenderse nacimiento como sinónimo de parto? ¿Qué implicancias jurídicas puede representar el manejo de dicha equiparación? Y finalmente, ¿es conveniente entender el inicio de la calidad de persona desde la posición de la percepción visual, o de expulsión definitiva, o tal vez ha de comprenderse que ya es persona el producto de la concepción totalmente maduro y que desde un plano biológico se encuentra completamente constituido, y que logra manifestarse en el hecho del parto?

Sin duda, unido a las disímiles posiciones interpretativas a las que se acoja el intérprete para resolver las interrogantes formuladas, se esconde en las respuestas una concepción integral y visión global del ordenamiento jurídico. Así, una perspectiva que contemple la autonomía e independencia en la formulación de conceptos y categorías a cargo de cada disciplina jurídica, convendrá que tanto el Derecho privado como el Derecho penal puedan fijar por sí mismos los límites mínimos de protección a la vida sin atender ni considerar los requerimientos de otra disciplina. Por otro lado, una perspectiva integradora, que busca la unidad del ordenamiento jurídico sin desconocer el ámbito de dominio propio del Derecho civil y del Derecho penal, contemplará una serie de argumentaciones con el objeto, ya sea desde una óptica hermenéutica o de *lege ferenda*, de buscar una sola tutela y protección, en el límite mínimo al derecho a la vida.

Creemos conveniente sustentar la autonomía e independencia que tiene el Derecho civil y el Derecho penal para valorar de manera distinta la fijación del nivel mínimo de protección de la vida[198]. Basamos nuestra

---

[198] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 42; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 33.

opinión en la propia y a la vez diferente finalidad que cada uno despliega. Mientras el Derecho civil contempla el nacimiento como el hecho propicio para el otorgamiento y concesión de derechos patrimoniales y fija al individuo dentro de un ámbito de las relaciones de coordinación, el Derecho penal busca tutelar a la vida como un valor en sí mismo, pero con relación a otro sujeto, prohibiendo todo ataque externo que busque menoscabarla. Es más, de la simple lectura de los artículos, tanto del Código Civil como del Código Penal pueden advertirse diferencias.

Efectivamente, el artículo 1° del Código Civil establece una referencia al "nacimiento"[199], la segunda fase del parto que se inicia con el comienzo de la expulsión, y el artículo 110° del Código Penal alude a la fase genérica del parto, conglobante del nacimiento, cuyo momento inicial viene representado por las contracciones uterinas y los consiguientes dolores del parto. Si tanto el Código Civil como el Código Penal emplean terminología diferente, aunque hondamente relacionada, queda claro que el legislador pretendió construir un rasgo distintivo, que ni el juez ni cualquier intérprete puede eliminar. De allí, entonces, que la regulación civil y penal al poseer terminología diversa tengan un momento diferente de protección respecto al límite mínimo de tutela a la vida.

La noción de persona, propio del Derecho civil, no condiciona ni supedita la delimitación del bien jurídico **vida humana en el Derecho penal**[200]. Si bien influye la noción de vida es mucho más amplia que la noción de persona. Ello, sin embargo, no debe llevar a sostener la necesidad de que el Derecho penal elabore y desarrolle un concepto autónomo de persona, distinto al del campo civil[201].

---

[199] Incluso, se llega a señalar por PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 34, que el concepto de nacimiento es equívoco ya que puede ser entendido en un doble sentido: por un lado, en el de proceso de nacer (parto) y, por el otro, en el resultado de dicho proceso.

[200] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 13; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 704; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 17; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 3; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 8.

[201] Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 33.

La mayor amplitud que tiene la protección a la vida humana en el Derecho penal que abarca la fase inicial del parto, se justifica ampliamente por la necesida de brindar una tutela más amplia, integral y completa al bien jurídico "vida". Por otro lado, si se partiera de la perspectiva del Derecho civil considerando como punto de protección el nacimiento, y en particular el desprendimiento total y completo del producto de la concepción, se llegaría a sostener la impunidad absoluta del médico o la comadrona que negligentemente permiten o hacen que el niño muera durante el parto[202].

IV. FIN DE PROTECCIÓN

1. Generalidades

El límite máximo de protección a la vida en el homicidio consiste en determinar generalmente el momento (posterior al nacimiento), próximo o remoto, en el que se produce la muerte de un sujeto por acción de otro ser humano. En tal sentido, lo que al Derecho le interesa es determinar si existe un ser humano con vida y si hay una vida que tutelar[203]. En el homicidio se protege al ser humano vivo. El cadáver solo es objeto de protección parcial[204].

La muerte, si bien como hecho biológico en el hombre siempre ha sido el mismo fenómeno natural, los adelantos científicos y tecnológicos, como el estado actual de las ciencias médicas, han permitido determinar con precisión y exactitud, casi matemática, el instante donde se inicia la muerte y culmina la vida[205], señalando con especial énfasis la separación de estas dos realidades humanas que marcan el límite de actuación del Derecho.

---

[202] Cfr. ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1197. De manera crítica en este ámbito: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 17.

[203] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162.

[204] Cfr. ESER, Albin, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico» en, *Estudios de Derecho penal médico*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2001, p. 52; ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203.

[205] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 63; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37.

La muerte no solo determina la extinción de la vida humana individual, sino la condición de persona[206]. En el campo civil sirve para establecer el orden de la sucesión, determina la posibilidad bien de inicio o extinción de una serie relaciones jurídico–sociales que giran alrededor del individuo[207]. Por ejemplo, con la muerte se transmiten a los sucesores los bienes, derechos, y obligaciones que constituyen la herencia[208] (artículo 660° CC), se disuelve el matrimonio[209], etc.

El objeto material del delito de homicidio deja de existir o cesa cuando aparece la muerte[210]. Más allá de este límite no se tutela más la vida. Por ello, se afirma, con razón, que la posibilidad de cometer un homicidio consumado existe hasta el momento en el que se produce la muerte[211]. Luego de este hecho solo se puede incurrir en tentativa inidónea de homicidio[212].

2. Determinación de la muerte y progreso científico

Por muchos siglos y hasta muy avanzado el siglo XX se consideró el inicio de la muerte a la cesación definitiva de las funciones cardiorespiratorias, que lograban constatarse empíricamente a través de

---

206 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 18; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 74. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 194 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 679.

207 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 81.

208 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 194 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 683 y ss.

209 Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 683; FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 194 y ss.

210 Cfr. ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 45.

211 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 18; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 45. En la doctrina italiana: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 81. En la doctgrina alemana: ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203.

212 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 24; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 45; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 46; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28.

la presencia o no, entre otros signos, del pulso, los latidos del corazón, el rictus cadavérico, etc.[213]. Esta noción tan extendida en sede de la medicina tradicional y arraigada, por lo demás, como saber popular firme e incontrastable, logra tener su respectivo correlato en las más variadas obras de la ya frondosa bibliografía existente en la disciplina del Derecho civil y penal. Sin mayor esfuerzo basta revisar retrospectivamente cualquier manual o tratado de Derecho penal de fecha mayor a veinte años, publicados en nuestra órbita cultural, o en otra semejante, para percibir de modo inconfundible esta tradicional consideración de la muerte.

Desde el punto de vista histórico, la comprobación de la muerte pasa por *dos fases* muy marcadas. La primera de ellas, conocida como la fase de aproximación empírica, que se extiende desde la antigüedad hasta finales del siglo XVII. De esta época data la espera de la putrefacción, la revisión del aspecto del cadáver o de otros signos como la cesación del pulso, el latido cardiaco, la temperatura del cuerpo o la pérdida de la vista y el audio. La segunda fase es conocida como la etapa de acercamiento o aproximación técnica que se inicia en el siglo XVIII. Las características de este periodo es la difusión de la policía mortuoria, la observación del cadáver reservada al médico (y no al religioso), la realización de ciertos exámenes complementarios. En esta etapa se valoró positivamente la cesación de la actividad cardiorrespiratoria hasta llegar a la comprobación de la muerte por el encefalograma plano[214].

Se puede establecer también que la constatación de la muerte por la suspensión de la respiración dio paso a la verificación del cese de la actividad cardiaca, hasta terminar en la cesación de las funciones cerebrales[215].

---

[213] Ampliamente: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 18; ÍDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 161; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 75.

[214] *In extenso*: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 82.

[215] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53; ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203; STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., p. 195.

Los avances de la tecnología y la ciencia médica, la respectiva valoración y descubrimiento de la importancia de la función cerebral respecto a las demás funciones del organismo humano unido al perfeccionamiento de instrumentos tecnológicos condujeron a precisar el instante mismo de cesación irreversible de la función cerebral[216]. Esta realidad innegable, tan moderna como novedosa, no puede ser ignorada por el Derecho que pronto se vio en la urgente necesidad de reconocerla y regularla; situación que generó diversos problemas[217].

Pese a que la definición de muerte debe necesariamente tomar en cuenta los avances y desarrollos de la medicina, ello no implica que dependa exclusivamente de la ciencia médica. Con razón, se afirma que la determinación de la muerte no es de exclusiva competencia médica, ya que en la medida que compromete a un bien jurídico primario (la vida) es necesario abrir la puerta a valoraciones más integrales por encima de la mera referencia técnica[218].

La revisión del concepto y comprobación de la muerte se ha debido al desarrollo alcanzado en las ciencias médicas respecto a la posibilidad de realizar transplantes de órganos[219], en –especial de corazón–, y las investigaciones y resultados en las técnicas de cuidados intensivos que permiten la recuperación de las funciones respiratorias y de circulación sanguínea[220]. En efecto en 1967 se realizó el primer trasplante de corazón que sugería la tarea de resolver el problema de la extracción de órganos vivos de sujetos que se encuentran muertos[221].

---

[216] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 65. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 195 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 683 y ss.

[217] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 10.

[218] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 77.

[219] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 48; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 195 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 681 y ss.

[220] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 47; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 21; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los trasplantes de órganos*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 65.

[221] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 84.

En efecto, el perfeccionamiento de las técnicas intensivas de reanimación demostró la relatividad y poca confianza en la llamada muerte cardiorrespiratoria, pues con un tratamiento urgente y eficaz se volvía a restablecer las funciones vitales[222]. Se comprobó que dicha cesación no era en todos los casos irreversible[223]. La recuperación de las funciones respiratorias y cardíacas podía efectuarse de manera automática o empleando procedimientos técnicos. Asimismo, se verificó que la conservación de la actividad cardiorespiratoria no es necesariamente indicativa de la persistencia de la vida humana.

3. Evolución legislativa y el tratamiento de la muerte como límite máximo de protección en el homicidio

En el Perú el Código Sanitario fue una de las primeras disposiciones que asumió un tratamiento técnico científico de la muerte a la que reconoció como un proceso continuo y permanente, situación que determinó la aparición de la famosa distinción entre muerte clínica y muerte biológica. Posteriormente, apareció el Decreto Supremo N° 016-83-SA cuya materia abordaba el Reglamento de Injertos y Transplantes de Órganos que extendían los alcances de la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos N° 23415 del 1 de junio de 1982. Esta ley fue luego modificada por la Ley N° 24703 fechada el 19 de junio de 1987 que determinó la sanción del Reglamento de la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos, el D.S. N° 014-88-SA, del 31 de mayo de 1988.

Finalmente, el año 2004 se expidió la Ley N° 28189, que se denominó *"Ley general de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos"* cuyo reglamento fue establecido por el Decreto Supremo N° 014-2005-SA.

---

[222] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 76; ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 5; STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

[223] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

La evolución legislativa si bien no ha sido excesivamente frondosa, da lugar a la precisión de algunos asuntos que marcan con signo especial la presencia de la muerte y su respectiva consideración científica, por lo que al plantear nuestro análisis habremos de detenernos en:

i. La muerte, como antítesis de la vida, es un **proceso** continuo que posee un inicio y un fin[224] y que afecta de manera gradual y progresiva a los distintos órganos y tejidos del cuerpo[225]. No debe considerarse como un suceso puntual o rapidísimo[226], sino como un proceso evolutivo y dinámico[227] en el que las distintas funciones vitales se extinguen a distinta velocidad[228]. No se manifiesta en un solo instante, sino en un intervalo de tiempo relativamente prolongado que afecta determinadas funciones y actividades orgánicas hasta generar el deterioro total de las diversas funciones del organismo humano[229].

   Si bien la muerte es un proceso biológico, la determinación del **momento exacto** que el ordenamiento jurídico establece como punto de quiebre depende de una **valoración**[230]. Por ello,

---

[224] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 21; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 46; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 47. En el Perú: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 63. En la doctrina italiana: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 75. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 195 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 680. En la doctrina alemana: ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53.

[225] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 65.

[226] Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 61.

[227] Cfr. QUELOZ, Nicholas, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 214. En la doctrina italiana: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 75.

[228] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 47.

[229] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 37.

[230] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 19; ÍDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 46; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 47; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 27. En la doctrina italiana: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 76, quien señala que el

no es posible elaborar un concepto de muerte desde el punto de vista biológico, sino que se plantea un concepto legal que se construye sobre parámetros médicos y normativos[231]. La noción de muerte supone siempre una **elección** de la fase o etapa de un proceso que se toma en cuenta[232], basada en la necesidad de encontrar un punto fiable y objetivamente sujeto a contraste[233].

La precisión del momento exacto de la muerte permite resolver otros problemas complementarios como la cesación del tratamiento médico, la interrupción o desconexión de medios y aparatos de asistencia intensiva o de alimentación, o la consideración de donación de órganos y tejidos para el transplante de los mismos[234].

En efecto, el deber de interrumpir el tratamiento o la reanimación se produce una vez que se verifica la irreversibilidad de la muerte cerebral en cuanto se concibe que el descerebrado es un cadáver. Aquí cesa definitivamente la posibilidad de una vida digna[235]. En cambio, cuando hay cesación de la actividad cardiorespiratoria subsiste el deber de reanimación[236].

En el caso de trasplante de órganos, la licitud de la continuación del tratamiento se supedita al tiempo estrictamente necesario para lograr el objetivo específico de transplante.

---

concepto de muerte no puede ser considerado actualmente como un «*concepto de realidad*». En la doctrina alemana: ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 54.

231 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 47; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 19.

232 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 77.

233 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6.

234 Vide ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1204; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 87; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 18; ÍDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 161; ÍDEM, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 62; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

235 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 84.

236 Por todos, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 81.

ii. La regulación de la muerte, desde la interpretación de las primeras disposiciones de orden sanitario y sobre transplantes de órganos, ha sufrido cambios como necesarias precisiones y enmiendas. En un inicio, la Ley N° 23415 consideró a la muerte como la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardiorrespiratoria, empleando a tal efecto una disyunción. Posteriormente la Ley N° 24703, modificó el artículo 5° de su precedente, estableciendo que a *"efectos de la presente ley se considera muerte a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral"*. De este modo se excluía, de plano, a efectos de la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos la constatación y presencia de la cesación de la función *cardiorrespiratoria*.

Finalmente, el artículo 3° de la Ley N° 28189 establece que: *"El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas"*[237].

iii. La muerte en la fijación de sus límites debe coincidir en su vertiente jurídica con la noción que manejan las ciencias médicas[238]. No se concibe la distinción entre muerte médica y muerte legal. Ambas deben poseer una necesaria correspondencia. Lejanos están los tiempos en los cuales se llevaba una doble contabilidad de la muerte y, por tanto, de la vida misma, considerando a la muerte legal como diferente a la muerte clínica, en donde aquella se caracterizaba por la cesación del sistema circulatorio, propiamente la paralización del corazón, y esta en la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral. Hoy la muerte clínica informa cualquier materia jurídica, incluso la penal. La lógica y la ciencia nuevamente se han impuesto y ha vuelto a la normalidad la vinculación entre medicina y Derecho.

4. La muerte cerebral

El cerebro forma parte del sistema nervioso central y opera como su centro supervisor. No comprende al tronco encefálico.

---

[237] Por su parte, el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 014-2005-SA prescribe que: «Se considera muerte encefálica al cese irreversible de las funciones del tronco encefálico cuyo protocolo de diagnóstico se establece en los artículos 7º y 8º del presente reglamento. El acta de comprobación de la muerte encefálica es responsabilidad del director del establecimiento o su representante, el neurólogo o neurocirujano y el médico tratante».

[238] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 63 y ss.

La muerte cerebral es un proceso que consiste en la cesación **total e irreversible** de las funciones cerebrales[239]. Desde el punto de vista clínico se considera que el estado de muerte cerebral es "aquel en el que se ha producido el cese irreversible de todas las funciones de los hemisferios cerebrales y del tronco del encéfalo, pero en el que se mantiene el funcionamiento de sus sistemas cardiovascular y respiratorio con la ayuda de procedimientos artificiales [...] la muerte del encéfalo es equivalente a la muerte del individuo como conjunto"[240]. La Ley N° 28189 ha establecido en su artículo 3° que: *"El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica"*.

La noción de muerte cerebral comprende: a) La cesación **total** de la función encefálica que se entiende como centro superior que preside la vida intelectiva y de relación de la persona; b) La cesación **irreversible** en el sentido que debe existir certeza científica[241] de que efectivamente las funciones del cerebro se han paralizado, hecho que se apoya en el avance de la mejor ciencia y experiencia en un momento histórico dado[242].

En el desarrollo actual de las ciencias médicas se considera que la lesión y/o deterioro sustancial del cerebro es totalmente irrecuperable[243], en razón de que dichas ciencias no alcanzan hasta ahora a lograr

---

239 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 74; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 19; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 49; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 27. En la doctrina civil peruana: FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 196 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 680.

240 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 20. Vide también ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203.

241 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 65.

242 Por todos, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 78.

243 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 49: «»La extinción de la actividad cerebral es totalmente irreversible y no puede ser suplida por otros medios»; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162.

una recuperación de las funciones cerebrales[244]. Dicha lesión irreversible no deja de presentar problemas probatorios[245].

La determinación del momento de la muerte en la cesación de las funciones cerebrales tiene la ventaja de lograr una mayor garantía en el respeto de la persona humana, ya que ella supone la pérdida de la conciencia y de otras funciones superiores, sin las que el individuo no puede realizar su condición de persona[246]. El cerebro es el centro propulsor, coordinador y supervisor de todas las manifestaciones del ser humano: intelecto, afecto y sensación. Cuando cesa la actividad cerebral, la vida vegetativa (actividad cardiorrespiratoria) solo puede ser mantenida a través de instrumentos técnicos o de medios mecánicos[247].

La determinación de la muerte en la cesación de las funciones cerebrales descansa en una valoración antropológica[248] e, incluso, en una valoración ético-filosófica en la medida que el cerebro es la sede espiritual, de conciencia y relación del ser humano[249] que ofrece la posibilidad de pensar y sentir[250]. El funcionamiento del cerebro permite el desarrollo de la conciencia y es la conciencia la que define al ser humano[251].

Las funciones del cerebro son rectoras de otras funciones del organismo, sin las que no se puede actuar autónomamente[252]. Su utiliza-

---

244 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 19; ÍDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162.

245 Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 27.

246 Ampliamente, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162.

247 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 79.

248 Cfr. ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1204.

249 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., pp. 54 y 55.

250 Cfr. ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1204.

251 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 85.

252 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 20.

ción como límite máximo de protección de la vida en el homicidio no es opuesta al entendimiento de la vida como realidad físico-biológica, independiente de su calidad[253].

La *muerte cerebral* se distingue de la *muerte cortical* que supone la cesación de las funciones de la región cerebral superior y que preside la vida intelectiva y sensitiva. Asimismo, se diferencia de la *muerte troncoencefálica* que implica la paralización de las funciones de la región encefálica inferior que gobierna la actividad respiratoria, cardiaca y circulatoria[254].

La muerte cerebral, la cual se admite como muerte legal, posee un alcance que se extiende a todo el sistema jurídico[255]. Por tanto, se trata de un **concepto unitario**[256] no solo por cuestiones normativas, pragmáticas, sino también ético-jurídicas[257] que se relaciona con la seguridad jurídica de no brindar soluciones contradictorias[258]. No se admite que una persona se encuentre *"más muerta", "menos muerta", "suficientemente muerta"*[259]. Sencillamente se está o no muerto. No hay zona gris que valga.

La declaración del cadáver como objeto de Derecho no se restringe al ámbito del Derecho sanitario, sino se expande al ordenamiento jurídico en su conjunto, comprendiendo sus diversas disciplinas. No es concebible que el muerto clínico sea sólo objeto de Derecho en el Derecho sanitario y en la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos y deje de serlo en el área civil y penal. Por ello, se ha de partir de la consideración al muerto clínico como objeto de Derecho, extendiéndose tal premisa a todo el orden jurídico, sin reparar en alguna rama o especialidad.

---

[253] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 49.

[254] Ampliamente, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., pp. 79-80; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 87.

[255] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 63.

[256] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 48. En la doctrina civil peruana: ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 684.

[257] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53.

[258] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 87.

[259] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 77.

5. Regulación normativa. Procedimiento

La muerte cerebral, en cuanto a su manifestación y los signos que la hacen visible, ha sido descrita con cierto rigor por el Decreto Supremo N° 014-2005-SA en su artículo 7° que establece:

"Protocolo de diagnóstico de muerte encefálica:

El diagnóstico de muerte encefálica se efectuará de acuerdo al protocolo siguiente:

a) Determinación de la causa básica.

b) Coma arreactivo estructural e irreversible, con asistencia respiratoria mecánica, y estabilidad hemodinámica ya sea espontánea o con ayuda de drogas vasoactivas, u otras sustancias, descartando la presencia de hipotermia, sustancias depresoras del sistema nervioso central, o paralizantes que puedan ser causantes del coma o contribuir al cuadro clínico.

c) Ausencia de reflejos en el tronco encefálico:

   1. Pupilas midriáticas o en posición intermedia, sin respuesta a estimulación fótica intensa.
   2. Reflejo oculocefálico (no realizar si hay sospecha de fractura cervical).
   3. Reflejo óculo-vestibular (no realizar en presencia de otorragia u otorraquia)
   4. Reflejo nauseoso.
   5. Reflejo tusígeno.
   6. Reflejo corneal.

d) Ausencia de respiración espontánea

e) Prueba de apnea.

f) Prueba de la atropina.

g) Opcional al diagnóstico clínico de muerte encefálica, es permisible los estudios de flujo sanguíneo cerebral, en aquellos centros que cuenten con dichos procedimiento".

El hecho que la muerte sea un proceso, su determinación no quiere decir que sea una prognosis. Por el contrario, la muerte es objeto de un diagnóstico[260]. El sujeto debe estar actualmente muerto y no solo potencialmente muerto.

La comprobación de la muerte cerebral debe llevarse a cabo a través de procedimientos y criterios tendientes a efectuar un diagnóstico de la muerte[261]. Ello con el fin de garantizar la máxima certeza en el diagnóstico y la precocidad del mismo a fin que pueda llevarse a cabo la extracción aprovechable de los órganos[262] y fundamentalmente para identificar cuándo el proceso deviene en irreversible[263].

La necesidad de diagnóstico precoz en el caso de transplante se refuerza en la medida que se trata de órganos cuya estructura y función es más compleja y que varía según el tipo de células, de tejido o de órgano[264]. Así, por ejemplo, hay órganos de perención más corta que otros en un eventual transplante como los riñones, el corazón, el hígado, pulmón[265], etc. Tal situación ha sido recogida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 014-2005-SA que establece que: *"La certificación de muerte encefálica, previa a los procedimientos destinados a la utilización de órganos o componentes anatómicos con fines de trasplante, será indispensable solo en caso de trasplante de riñón, corazón, hígado, páncreas, intestino y pulmones. En caso de tejidos como piel, córnea, huesos, tendones y articulaciones será suficiente la certificación usual de muerte, por parte del médico"*.

---

260 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 87; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 77.

261 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48.

262 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 53; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 48; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 161; ÍDEM, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 65; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 705.

263 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 18; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 5.

264 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 83; ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 58.

265 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 168; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 680.

La precisión y certeza en el diagnóstico hace posible distinguir la muerte de otros procesos similares, como la *descorticación* en el que la persona si bien ha perdido la conciencia conserva la facultad de responder a otros estímulos y a ciertos actos reflejos[266].

El diagnóstico de la muerte es una tarea que compete desarrollar a la ciencia médica –y, por tanto, a los médicos– según los conocimientos, técnicas y procedimientos más avanzados y que son generalmente aceptados[267]. El médico, empero, actúa no solo en mérito a su propia competencia, sino como delegado de la comunidad jurídica[268]. La ley, puede indicar y establecer al médico los criterios a tener en cuenta en el diagnóstico de la muerte, de tal modo que su verificación aparezca como **normativamente fijada**[269].

Uno de los problemas más interesantes que se despiertan en este ámbito es la conveniencia de una regulación administrativa (reglamentaria o ministerial) del momento de la muerte, de los indicadores y el procedimiento que lo acreditan, más aún si el desarrollo y avance científico es permanente y continuo en este campo que fácilmente, y dado el caso, puede llegar a superar y dejar obsoleto la regulación legal, cayendo en una claro desfase[270]. La regulación administrativa traería la ventaja evidente de poder acoplar de manera más rápida los avances científicos al ordenamiento jurídico[271], evitando las discusiones muchas veces políticas que se mueven alrededor de este tema. Sin embargo, el respeto al principio de legalidad y la importancia de la materia tratada

---

[266] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48; ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 65; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, cit., p. 681.

[267] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 19; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 48 y ss.

[268] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 56.

[269] Cfr. STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1770.

[270] Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 165.

[271] En este sentido, ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 64.

debe llevar a que sea la ley formal, o su equivalente, la que regule el momento exacto de la muerte como el conjunto de indicadores que la acreditan[272].

El carácter científico del concepto de muerte hace que este sea un **concepto abierto**[273], en el sentido que se encuentra llano a adaptarse a la evolución y desarrollo de la ciencia médica y a la valoración conjunta del ordenamiento jurídico. Si en algún momento la ciencia médica logra recuperar las funciones del cerebro, luego de su cesación, el concepto clínico de muerte habrá cambiado debiendo el Derecho adecuarse a la nueva realidad[274]. Pese a todo, debe tomarse en cuenta que el diagnóstico de la muerte cerebral es probablemente el más seguro en toda la ciencia médica[275].

En caso no se dispusiera de los medios técnicos para efectuar el procedimiento de comprobación de la muerte cerebral se tendrá que recurrir a las técnicas y procedimientos disponibles[276], según los casos. Es necesario aquí en la medida que las circunstancias lo requieran, en especial en los casos de muerte violenta, el diagnóstico e informe del médico forense[277]. La comprobación de la muerte es una tarea de la medicina, no de los juristas[278]. Se emplea aquí un método tradicional o indirecto en la verificación de la muerte que se basa en la sintomatología clínica y en la observación pasiva y en particular la constatación de paro cardiorrespiratorio, tal como lo dispone el artículo 108° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842). No se requiere un diagnóstico precoz y rápido como en el caso del transplante de órganos. La falibilidad del

---

272 Ampliamente, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 87.

273 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 162.

274 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., pp. 197 y ss.; ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, cit., p. 65.

275 ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1203.

276 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 22, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 51.

277 Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 10.

278 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 58.

diagnóstico se compensa con el periodo de observación pasiva durante el cual está prohibido todo acto de disposición del cadáver[279]. En este ámbito bastan los conocimientos médicos generales[280].

Por su parte, el procedimiento directo de verificación de la muerte facilita una mayor certeza y rapidez en el diagnóstico una vez que se constate el silencio eléctrico del cerebro[281]. El desarrollo de la medicina ha permitido el empleo de métodos y procedimientos complementarios de constatación de la muerte, más allá del uso del encefalograma plano, como, por ejemplo, la certificación de inexistencia de riego sanguíneo cerebral, la gammagrafía cerebral, la monografía *doppler* transcraneal o la arteriografía de los cuatro troncos cerebrales[282].

Desde el punto de vista médico y jurídico se alzan voces que critican –y no sin falta de razón– la usual referencia a **muerte cerebral**, no solo por que no aporta claridad alguna y por el contrario enturbia y dramatiza cualquier definición, sino porque científicamente, y desde la perspectiva del Derecho, solo hay una muerte, *sin adjetivos*[283].

6. Crítica a la posición que asume la tesis de la muerte biológica

Pese a lo claro del aserto existen todavía autores que consideran persona –por creer que en estos casos hay una ficticia manifestación de la vida– al muerto clínico a quien, audaz y precipitadamente en tono irónico, denominan *"cadáver viviente"* y creen desprestigiar a la ley como a los avances científicos que ella adopta, motejando a la muerte clínica como *ficción jurídica* y además de llamar magia al hecho irrefregable de aceptar un criterio científico hoy firmemente establecido. Por todo ello es necesario desestimar la posición de ROY FREYRE[284] respecto a considerar solo como *"muerte*

---

279 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 83.

280 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 33.

281 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 85.

282 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 6. Ampliamente: ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 171.

283 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., pp. 77 y 79.

284 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 75.

penal" a la muerte biológica y no a la muerte clínica en virtud de los siguientes argumentos:

i. La muerte como proceso biológico es única e indivisible, por lo tanto infraccionable. El momento preciso de su aparición es determinado con rigor científico por la medicina[285]. El Derecho no puede hacer otra cosa, sino reconocer esa realidad en sus diversas disciplinas que lo informan, tanto en el Derecho sanitario, penal, civil, comercial, sucesorio, etc.; por lo que en actitud lógica y de plena coherencia se ha de aceptar como válida la regulación de la muerte hecha por la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos. Una opinión en contrario vendría a representar no solo una interpretación jurídica insostenible sino que también reflejaría un desconocimiento y una actitud rebelde a la luz de los avances científicos producidos en la medicina y que la ley recoge correctamente. Asimismo, se llegaría al absurdo de poder afirmar que cada rama del ordenamiento jurídico podría tener, si se lo propusiera, su propia muerte; llegándose a hablar de una "muerte civil", "muerte penal", "muerte administrativa", etc. La opinión que criticamos se funda en una superstición y en un temor a un peligro imaginario en realidad inexistente.

ii. Es más, de aceptarse, en supuesto rotundamente negado, la muerte biológica, resultaría sumamente discutible el momento mismo de su presencia pues si por ella entendemos la cesación de todas las funciones y tejidos orgánicos, tendríamos que aceptar lógicamente que la verdadera muerte biológica queda plenamente alcanzada con el estado de descomposición del cadáver[286] por cuanto recién allí termina y se reduce a la nada las interrelaciones orgánicas-funcionales, toda vez que el cuero cabelludo y las uñas, siguen creciendo[287].

---

[285] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 64.

[286] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 47.

[287] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 75.

Las consecuencias médicas también serían nefastas, pues se tendría que continuar obligatoriamente con la respiración artificial hasta que la última célula se haya extinguido, imposibilitando cualquier posibilidad de trasplantes de órganos, habida cuenta que los mismos quedarían inservibles[288].

iii. Además de lo apuntado, siguiendo el rastro del discurso penal de ROY FREYRE, toda acción de matar realizada contra un muerto cuyo deceso ha sido certificado clínicamente, constituirá un homicidio[289] siempre que no se haya dado la muerte biológica. En buen romance, pero en lamentable contradicción con lo que la ley y la ciencia llaman estado y comienzo de muerte, el intérprete aludido, insistirá en sostener la presencia de vida. Por otro lado, y en sentido inverso, la producción de una muerte clínica para esta tesis aún no constituirá homicidio. Podrá engendrar lesiones graves[290] o en su caso solamente tentativa de homicidio pero nunca homicidio, por cuanto solo es muerte aquella que se denomina "muerte biológica".

iv. La sustentación de la muerte biológica en el homicidio, y la exclusión de la muerte clínica, conducirá a sostener irreversiblemente, según ROY FREYRE, que la operación de extracción de órganos con el objeto de realizar transplantes será una *acción típica de matar*, pero no antijurídica por la concurrencia de una causa de justificación consistente en la práctica de un acto permitido por la ley. De aceptarse dicho criterio, además de infringir la ley que considera al muerto clínico, como objeto de derecho, se llega a sostener, alarmantemente, que todo médico que realiza un transplante de órganos en realidad mata o incurre en un tipo de homicidio. Con la asunción de semejante tesis en el fondo se tendría que considerar a la Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos como un caso de ley inconstitucional, pues a la postre con ella se estaría legalizando y permitiendo homicidios a través de los transplantes de

---

288 Por todos, ROXIN, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», cit., T. II, p. 1204.

289 Cuando en realidad estamos frente a un caso de tentativa inidónea.

290 Esta es la única calificación que acepta ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 74. No considera la posibilidad de calificar el hecho como tentativa de homicidio.

órganos; argumento peregrino y completamente objetable a estas alturas del avance de la ciencia médica y jurídica.

También es conveniente indicar por quienes –siguiendo a la ley y a la ciencia– consideran el pleno valor de la "muerte clínica" como límite máximo de protección a la vida, que toda acción contra un individuo en la situación de un transplante de órganos es en realidad una situación atípica, ni siquiera antijurídica y menos relevante jurídicamente. De otro modo, de aceptarse el planteamiento, aquí rechazado, respecto a que la realización de un transplante es una acción típica, se llegaría a la inexplicable conclusión que la prohibición del tipo penal tendría que alcanzar también al médico a quien le estaría "prohibido matar", es decir efectuar un transplante (¿?). O dicho de manera más gráfica, esta posición termina afirmando, en virtud a la función "de llamada del tipo", que al médico le estaría vedado realizar transplantes.

v. Sin merma de lo apuntado, se debe hacer notar que el supuesto más claro donde se vislumbra el tamaño del absurdo de la aludida posición de la muerte biológica es aquel en el que una determinada persona, ajena a la profesión médica, y sin el ánimo, ni intención de efectuar un transplante de órganos, ejecuta actos con el objetivo de "matar" a un individuo afectado de muerte clínica. En el caso descrito, según la posición que sustentamos, es inexistente la comisión del homicidio toda vez que no se logra vulnerar ni menoscabar bien jurídico alguno. La vida, siguiendo la idea recogida por la ley, ya se ha extinguido. Pese a ello, la posición opuesta consentirá en calificar como homicidio a las acciones que se practiquen sobre un muerto clínico por personal no médico, excluyendo, por lo demás, la posibilidad de plantear el concurso de una causa de justificación por cuanto aquella persona ajena al ejercicio de la profesión médica no podrá alegar la práctica de un acto permitido por la ley[291].

---

[291] Sin embargo, el riesgo de asumir tan peligrosa opinión aumenta cuando la calificación de homicidio además de afectar al personal ajeno a la medicina comprende también, en supuestos nada excepcionales, al médico que realiza por su cuenta, por ejemplo, la desconexión del ventilador automático que logra conservar artificialmente las funciones respiratorias del muerto clínico, por cuanto aquí no podría alegarse la concurrencia de una causa de justificación en la modalidad de un acto permitido por la ley.

No es posible negar que la paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración pulmonar constituyen una causa y un medio de comprobación de la muerte, dado que trae consigo, en el lapso de algunos minutos, la destrucción de las células del cerebro[292]; sin embargo ello no niega la importancia de la muerte cerebral sino que más bien la reafirma habida cuenta que recuerda que las funciones cerebrales son un punto de vista ineludible para la definición de muerte[293].

7. Problemas especiales de la Ley de Transplantes de Órganos

La realización del transplante de órganos es posible sobre la base de que la muerte es un proceso gradual y progresivo que alcanza paulatinamente a órganos y a tejidos. La conservación con vida de un órgano es lo que permite la realización de un transplante y que el órgano o tejido pueda desarrollar las funciones que les son propias en el cuerpo del receptor[294].

En cada trasplante se debe contar, de manera equilibrada, con dos objetivos: a) la protección de la vida del eventual donante mientras perdure; y b) la obtención del mayor número posible de órganos de personas fallecidas y en las mejores condiciones para la realización del transplante[295].

La Ley de Transplantes de Órganos y su Reglamento a pesar del notorio avance y aporte que representa, alberga asuntos controversiales que bien pueden repercutir en la órbita penal exigiendo una pronta y urgente solución. Así:

---

[292] PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 51, quien señala que las consecuencias prácticas de la muerte cerebral no deben ser sobrevaloradas.

[293] Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 23; IDEM, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 164.

[294] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 47.

[295] Por todos, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 165.

i. En primer término tenemos el supuesto en donde el médico cirujano realiza la extirpación de los órganos de una persona con el objeto de utilizarlos en el transplante sin observar las prescripciones que conmina la Ley N° 28189 y el Decreto Supremo N° 014-2005-SA, tendientes a constatar la presencia o no de la muerte cerebral a través del acuerdo unánime de la junta médica[296] que debe aparecer en la medida de lo posible como un **órgano colegiado heterogéneo cualificado**[297]. Un segundo problema consiste en la ablación de los órganos sin la existencia de la denominada junta médica o, en un caso extremo, cuando se realiza simplemente el examen del electroencefalograma plano demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

En el primer supuesto, nos enfrentamos de modo palmario a un caso de ilicitud administrativa[298] que puede generar un proceso disciplinario sobre el médico cirujano a raíz de la abierta violación, tanto de las prescripciones de la Ley y el Reglamento de Transplantes de Órganos, como por la infracción al código de ética. La manifestación de la ilicitud administrativa no implica la necesaria presencia del injusto penal, el cual puede faltar. No es posible plantear la calificación de homicidio por el solo hecho de efectuar el transplante sin el necesario acuerdo unánime de la junta médica o por la falta de un acta donde conste dicho acuerdo. Lo único importante en este extremo es determinar el momento mismo de la muerte y el tiempo del transplante. En el caso que la extracción sea anterior es indiscutible la presencia del homicidio. Sin embargo, cuando la extracción es posterior a la muerte puede sustentarse de modo definitivo la ausencia del homicidio, ello en virtud de que la

---

[296] Esta junta se encuentra integrada por el director o representante de la clínica u hospital en el que se encuentra el paciente, el médico tratante y el especialista neurólogo, y en el que la certificación de la muerte cerebral debe constar en un acta. Cabe resaltar que el Reglamento de la Ley de Transplante de Órganos y Tejidos establece un comité de transplantes de organos (artículo 41º).

[297] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 86.

[298] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 22; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 22.

muerte es un proceso real e incontrastable que no depende del cumplimiento de precisas formalidades como la existencia de un acta[299].

En la segunda hipótesis, en donde es más grave la infracción administrativa, no por el solo hecho de prescindir del electroencefalograma plano o por dejar de lado la junta médica, podrá plantearse la existencia de un homicidio. No desconocemos, por cierto, que dichos actos pueden conformar luego un dato indiciario capaz de informar sobre una eventual responsabilidad penal, pero debe tenerse en cuenta que la muerte es un proceso real e irreversible el cual requerirá para un mejor esclarecimiento de los hechos una determinación precisa de las causas de la misma ya sea apelando a un examen macroscópico (necropsia) o recurriendo a otros exámenes médicos complementarios.

En los casos en que el médico o los miembros del equipo médico precipitan y aceleran la muerte del paciente para lograr la extracción de los órganos se habrá cometido homicidio simple, en calidad de autor directo y/o coautores. Los médicos que certifican la muerte –que todavía no se produce– para facilitar el transplante, por lo menos, responderán por cómplices primarios[300].

ii. Un supuesto que constituye una situación sumamente controversial, y que reclama un pronunciamiento jurídico, resulta del hecho de realizar un transplante de órganos por parte del médico cirujano sin efectuar un estudio sobre la compatibilidad tisular entre el donante y receptor, acontecimiento que posteriormente causa la muerte en este último. En la hipótesis descrita es notoria la infracción del deber objetivo de cuidado por lo que bien puede plantearse la concurrencia de "homicidio imprudente" si es que se logra determinar que la causa de la muerte es producto de la incompatibilidad que debió ser tratada y eliminada.

Se necesita precisar además la distinción que hay, en el caso descrito, entre la negligencia de no realizar la ejecución del estudio

---

[299] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 31.

[300] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 10.

tisular, que acarrea la infracción del deber legal, de la operación misma del transplante en donde el médico cirujano pudo respetar todas las prescripciones que ordena y señala la ciencia médica. Puestos los hechos, la variable desencadenante de la responsabilidad penal sería la omisión del estudio de compatibilidad tisular y no la operación del transplante.

Asimismo, puede plantearse el caso, de efectuar un transplante de órganos a un paciente aquejado de un mal, respetando para ello las recomendaciones médicas y las prescripciones legales, pero que, fatalmente, no logran evitar la muerte de la persona. En el supuesto descrito, en donde es manifiesto el cumplimiento de los mandatos normativos y las reglas técnico-quirúrgicas, no es correcto sostener la concurrencia de un homicidio, toda vez que el médico ajusta su actuación a las diversas normas que rigen la lex artis, además de ser claro el ejercicio legítimo de un oficio y aparecer, como sucede generalmente en este tipo de intervenciones, el consentimiento del receptor del órgano a transplantar. He aquí un ejemplo de intervenciones curativas correctamente realizadas pero con resultado fallido.

Constituye un problema sumamente conflictivo, el resolver la cuestión de la realización de un transplante a un paciente que se muestra renuente de dar su consentimiento a la operación que luego se produce y le genera lesiones o la muerte misma. Si el médico obra con la diligencia debida y realiza la operación de transplante movido por las circunstancias de urgencia y brevedad del tratamiento, producto de la gravedad del cuadro clínico, puede alcanzarle la presencia de un estado de necesidad. Sin embargo, algunos pueden plantear la presencia de coacciones porque la operación se ha llevado sin el consentimiento del paciente.

Pese a lo plausible de este pensamiento que ve la posibilidad de alegar estado de necesidad, ha de quedar demostrado su carácter insatisfactorio cuando, además de no respetar el consentimiento, la persona muere a raíz de la operación practicada sin existir las notas de urgencia y brevedad. Aquí bien puede plantearse entonces el tipo de homicidio imprudente porque el médico no solo actuó contra la libertad de consentir la intervención (coacción) sino

que atentó contra la vida del paciente. Es más, puede que el médico no haya infringido el deber de observancia de la *lex artis*, realizando la operación con sumo cuidado y destreza, pero es meridianamente claro que infringió cuidar un elemento insustituible en toda operación quirúrgica: el consentimiento del paciente. En efecto, es fácil prever que mediando consentimiento el paciente pudo exigir la realización de mejores y/o más exhaustivos análisis sobre la conveniencia o no de efectuar el transplante.

V. SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

1. El Código Penal de 1991, conservando una prolongada y fructífera tradición legislativa, presente ya en el código derogado, inicia el tratamiento del primer capítulo de la parte especial con la figura típica del homicidio simple para luego abordar la descripción del parricidio, asesinato, homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso y finalmente la instigación y ayuda al suicidio.

Componen la estructura del capítulo primero de la parte especial ocho artículos de los cuales los siete primeros aluden a la acción de producir la muerte a otro, ya sea en una forma básica, o en una modalidad atenuada o agravada, mientras que el último artículo prohibe y sanciona la acción de instigar o ayudar a otro a quitarse la vida (suicidio).

2. Frente a la vinculante clasificación legal, que por lo demás es aceptable, salvo leves críticas, puede oponerse una taxonomía doctrinal fundada en diversos criterios como son:

i. Según la **gravedad de la pena** que va desde la imposición de la mayor sanción a la más leve. La mayor penalidad es receptada por el asesinato (no menor de 25 años) seguido por el parricidio (no menor de 15 años); luego el homicidio simple (de 6 a 20 años); el homicidio por emoción violenta (de 3 a 5 años), el homicidio piadoso (con pena no menor de 3 años), la instigación y ayuda al suicidio junto con el infanticidio (entre 1 y 4 años) para culminar

con el homicidio culposo (con pena no mayor de 2 años y en su modalidad agravada de 2 a 6 años).

Las distintas penas que se establece a las diferentes modalidades de homicidio no responden a una diferente y diversa valoración de la vida, sino al grado del disvalor de la acción de la conducta homicida[301].

ii. En razón del **tipo básico de homicidio** simple:

Formas agravadas

- Asesinato
- Parricidio

Homicidio simple

- Formas atenuadas
- Por emoción violenta
- Infanticidio

Homicidio culposo

- Instigación y ayuda al suicidio.

iii. En razón de la **acción criminal**:

El homicidio, en cualquiera de sus formas, causa la muerte de otro hombre.

La instigación y ayuda al suicidio no es una conducta que signifique matar a otro[302], sino es una participación ya sea como instigación o auxilio, para que otro se quite la vida (suicidio).

3. La práctica legislativa que postula la ubicación preferencial del homicidio refleja la asunción de un humanismo personalista en Derecho penal[303], ideología que tiene su correlato en otras leyes penales y extrapenales y que constituye un serio condicionamiento a la elaboración de una correcta dogmática jurídica en la parte especial.

---

301 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 28.

302 Ibídem, p. 25.

303 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 29; STRANO LIGATO, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 1768.

La realización plena del Derecho en su vertiente hermenéutica, y su manifestación doctrinal y jurisprudencial, debe tener en cuenta obligatoriamente la ubicación preferencial del derecho a la vida, bien jurídico protegido en el homicidio, en una correcta y sana interpretación de los valores protegidos por el Derecho penal. Asimismo, es necesario observar que la prioritaria ubicación del homicidio puede configurar y condicionar una política jurídico-penal, que operaría como un sistema de *tabulación de penas,* respecto a las demás infracciones. A ello debe agregarse que, según la comprensión cultural del ciudadano medio, no existe ni hay delito tan abominable capaz de merecer la más elemental desaprobación como el homicidio.

Sin incurrir en exageración, consideramos que de prosperar, en un supuesto hipotético negado, la tesis del abolicionismo penal por el cual se plantea la eliminación de raíz de las diversas infracciones que hoy componen los códigos penales, creemos que el homicidio sería, sin duda, la última figura delictiva en desaparecer.

4. La ubicación sistemática del homicidio dentro de la geografía del Código Penal no significa que los atentados contra la vida tengan una mayor gravedad que otros tipos penales, sino que su incardinación preferencial representa, dentro de un amplio plano valorativo, una concepción personalista del Derecho penal que ha de presidir desde la perspectiva política y hermenéutica las demás partes, libros, títulos, capítulos y secciones del Código Penal.

Se debe precisar que la situación especial del homicidio que encabeza el catálogo de delitos, respecto del resto de tipos penales, no puede atribuirse a la decisión absoluta y hegemónica del legislador penal, sino que su lugar preferente encuentra justificación en la serie de bienes y valores jurídicos recogidos en la Constitución Política que a la vez de servir de soporte para levantar el ordenamiento jurídico en su conjunto, constituye el principal condicionamiento ideológico-político en la elaboración de las demás leyes.

La Constitución Política designa y señala a la dignidad de la persona (artículo 1°) y el derecho a la vida (artículo 2° inciso 1) como los pilares y fundamentos ontológicos donde no solo debe centrarse la actividad jurídica, sino también en donde debe formarse e irradiar toda la actividad estatal y política.

CAPÍTULO II
HOMICIDIO SIMPLE

Artículo 106°.-

«El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años».

I. GENERALIDADES

1. La voz homicidio posee en el lenguaje jurídico una doble acepción. En un sentido amplio identifica a todas las figuras del Capítulo I del Libro II del Código Penal, exceptuando la inducción y ayuda al suicidio; y en un sentido restringido alude al homicidio simple.

El Código Penal vigente inicia el tratamiento de la parte especial y la descripción de las conductas prohibidas con el tipo de homicidio simple. La posición legislativa asumida por nuestro codificador queda completamente justificada cuando se contempla a este delito como el tipo básico del que derivan, *in genere*, las demás figuras delictivas contenidas en el Capítulo I del Libro II del Código Penal. Esta sistemática legislativa a su vez representa la confirmación de la regla consagratoria del dolo, como modalidad comisiva básica, inscrita en el primer párrafo del artículo 12°. Asimismo, constituye la forma de actitud interna más disvaliosa que se pretende evitar a través de los mandatos normativos impuestos por el legislador, prohibiéndose que se mate a otro dolosamente.

El Código Penal se aparta de la posición normativa fijada en algunas legislaciones del Derecho comparado, que en algunos casos han sido ya derogadas y que en virtud a la mayor gravedad y reprobación social de la conducta empiezan la descripción legislativa de los delitos contra la vida con el asesinato y el parricidio, tal como sucedía en el Derecho español anterior[1]. La corriente legislativa y doctrinaria contemporánea tiende a ubicar de modo preferencial al homicidio simple, encabezando los actos de quitar la vida en la regulación de los otros homicidios[2].

2. La definición del homicidio simple se alcanza más de modo negativo que afirmativo. No basta decir, desde una perspectiva conceptual, que el homicidio simple exige «*matar a otro hombre*», porque de esa cualidad también participan el resto de figuras del Capítulo I, sino que se requiere la no concurrencia de algunos hechos, móviles, tendencias y circunstancias adicionales conformantes ya sea del parricidio, asesinato, infanticidio, etc.[3]

La figura del homicidio, y en especial el homicidio simple, posee la virtud de permitir la construcción de una correcta dogmática y una adecuada teoría jurídica del delito. Puede constatarse en cualquier manual, compendio o tratado de Derecho penal que el homicidio sirve no solo para ilustrar con ejemplos cualquier categoría

---

[1] Dicha legislación regulaba el homicidio simple en el artículo 407º, luego de la descripción del asesinato (artículo 406º) y el tratamiento del parricidio (artículo 405º), situación que despertó duras críticas en la literatura penal española junto al encabezamiento del título respectivo. Vide, por ejemplo, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 504; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 130 y ss.; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, p. 481; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 3. En contra: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 35, al considerar que «la ley no tiene posturas teóricas sino prácticas y se da para establecer la conciencia del pueblo para que se recuerde la gravedad de las penas».

[2] Así, por ejemplo, el Código Penal italiano el cual inicia el tratamiento de los delitos contra la vida e incolumidad personal con el homicidio voluntario (simple) en su artículo 575º. También sigue esta línea el Código Penal argentino que empieza los delitos contra la vida con el homicidio simple en su artículo 79º.

[3] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 471; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 23. Esta línea de pensamiento siguieron los Códigos españoles de 1870 y 1932.

penal sino que es empleado para su perfección y mejora, tal como sucede con la relación de causalidad, imputación objetiva, la legítima defensa, autoría y participación y la no exigibilidad de otra conducta, entre otras[4].

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. El artículo 106° del Código Penal vigente registra como antecedente legislativo próximo al artículo 150° del Código Penal de 1924 que se basaba a su vez en el anteproyecto suizo de 1908 y 1915, respectivamente y el Proyecto de 1918[5]. La regulación del homicidio simple se hallaba presente en el artículo 280° del Código Penal de 1863 que lo describía sucintamente como el acto de «matar a otro», tal como sucede en el código actual.

Pese a la innegable influencia entre la descripción vigente del homicidio simple con la regulación precedente impuesta por el legislador de 1924 pueden encontrarse sustanciales diferencias. Efectivamente, además, de la divergencia en la denominación de las penas, penitenciaría en el código derogado y privación de la libertad propio del código vigente, se encuentra en la legislación penal de 1924 una notoria alusión al dolo directo de primer grado, merced al empleo del vocablo «**intencionalmente**», giro que no se halla presente en la regulación actual.

2. La referencia al dolo, vía la utilización del término intención, motivó en los exégetas del Código de 1924 una opinión adversa y de abierta crítica a la posición legislativa, por cuanto se consideró «censurable desde una perspectiva técnico-jurídica puesto que se entendía su innecesariedad dado que todas las previsiones de conductas que no hacen mención expresa a la negligencia tienen indiscutiblemente el carácter de intencional»[6]; posición que finalmente prevaleció y quedó fijada en el texto vigente.

---

[4] Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 22; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

[5] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 21; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 65.

[6] Por todos: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 68.

Vistas las cosas como un error de técnica legislativa o como un lamentable pleonasmo, poco o nada podía objetarse. Sin embargo, no creemos que esa hubiese sido la voluntad de la ley o si lo fue no es esa la correcta interpretación del texto normativo, porque ninguna palabra de un artículo o de una disposición legal debe entenderse ociosa o sobrante, más aún si recoge un término hondamente vinculado con la figura que se describe y que tiene raíces dogmáticas innegables; esto claro, más allá de la gran extensión y costumbre en las legislaciones contemporáneas de recoger el término «intencional» al definir el homicidio[7]. Al respecto parece conveniente entender el sentido de la ley anterior como una precisa exclusión del dolo eventual ganando así terreno la referencia exclusiva al dolo directo, tanto de primer grado como de segundo grado[8].

Por ello, no creemos correcto el criterio de aquellos que ven solo un pleonasmo en la antigua fórmula legal; cuando es perceptible en realidad la consagración del dolo de primer grado, tal como aconseja la doctrina penal contemporánea cuando se utiliza el término intencional o a sabiendas[9].

III. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

El artículo 106° presenta las siguientes notas características:

i. El homicidio simple es un delito común[10]. No se requiere una condición especial en el autor, desde el momento que la norma ha utilizado el pronombre impersonal «El que...» cualquier per-

---

[7] Ese es el caso del Código Penal alemán que al regular el homicidio en su artículo 212º conserva aún la referencia al dolo.

[8] Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 319; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/41, p. 392; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 321, p. 115.

[9] Cfr. JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 268; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/3, p. 415; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/41, p. 392.

[10] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 30; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 27; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 23.

sona puede cometer un homicidio simple. Se puede matar a otro un funcionario público, un varón, una mujer, un sacerdote, etc. Solo basta y es suficiente el requisito que se trate de una persona natural.

ii. En razón a los criterios que inspiran el tratamiento sistemático de los tipos, el homicidio simple puede ser considerado como un tipo básico o fundamental[11], dado que sirve de espina dorsal para la construcción, explicación e interpretación de los demás tipos delictivos ubicados en el Capítulo I del Libro II del Código Penal El delito de homicidio posee el núcleo típico de la conducta «*matar a otro*», mientras que las restantes figuras del capítulo comprenden dicho núcleo, pero con circunstancias de agravación o atenuación[12].

iii. El homicidio simple es un tipo cerrado, dado que el juez o el intérprete no está obligado a recurrir a una norma genérica para entender los elementos del tipo y explicar qué debe comprenderse por matar a otro.

iv. El artículo 106° es un tipo monosubjetivo pues solo requiere el concurso de un agente criminal. Sin embargo, nada obsta para plantear consideraciones y categorías dogmáticas como la autoría y participación delictiva, dado que puede concurrir la autoría mediata, la coautoría, la instigación y la complicidad primaria y secundaria.

v. El homicidio simple junto a los demás tipos y figuras delictivas ubicadas en el sistema legal del Capítulo I de la parte especial, constituye un claro ejemplo de un **delito de resultado material**[13]. No basta para la consumación de la infracción la sola

---

[11] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 22; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 25; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 30.

[12] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 26.

[13] Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001, p. 609; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 52; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación*

acción de matar; se requiere, por el contrario, la efectiva producción de la muerte. El resultado se caracteriza por ser un plus y un acontecimiento ulterior a la acción de quien logra separarse espacial y temporalmente.

El resultado en el homicidio (muerte) aparece como el adelantamiento de la muerte de la víctima en el tiempo o también, si se quiere, como un acortamiento del tiempo de vida[14].

IV. BIEN JURÍDICO

El objeto jurídico de protección en el homicidio es la vida humana durante o después del parto. En la fijación del bien jurídico es válido todo lo dicho cuando examinamos los principios comunes del homicidio en general (*ut supra*). Así, por inicio del parto debe entenderse el proceso fisiológico que empieza con las primeras contracciones uterinas desencadenantes de los dolores y la dilatación que culmina con la expulsión definitiva al mundo exterior del producto de la concepción.

La protección de la vida en el homicidio está sujeta a límites temporales. En tal sentido, su frontera superior está representada por la muerte cerebral[15].

---

genética, cit., p. 28; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 27.

[14] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 53.

[15] Empleamos este término forzado por la tradición doctrinal de distinguir entre muerte cerebral y muerte biológica. Sin embargo, desde una perspectiva exclusivamente técnica y científica hemos de reconocer su ambigüedad y equivocación, por cuanto la muerte biológica suele ser también muerte cerebral y la muerte cerebral también es muerte biológica al menos en un sentido funcional, por lo que convendría erradicar tamaño error en cuanto al uso de la terminología, utilizando de modo tan simple como indistinto el término muerte, toda vez que nadie muere por partes o en armadas. La muerte es una, única e indivisible, pudiéndose hablar satisfactoriamente de ella como «la unidad de un proceso».

Debe precisarse que la noción de bien jurídico en el homicidio, expresada en la vida humana, difiere de modo sustancial del término persona, vocablo técnico, propio del Derecho privado, dado que a efectos de la ley penal la protección a la vida en el homicidio se inicia durante el parto, mientras que la categoría y estatus de persona, inherente al Derecho civil, se adquiere con el nacimiento (etapa final del parto) mediante la separación total del recién nacido del seno de la madre[16]. De allí que sea correcto establecer una distinción entre vida humana, objeto jurídico del homicidio, y persona; los cuales, por lo demás, a no ser por la leve distinción en el inicio de la tutela –que se adelanta en el homicidio– suelen coincidir plenamente.

V. TIPO DEL INJUSTO

1. Sujetos

a. Autor

La utilización del pronombre «El que...» demuestra que la figura del homicidio simple puede ser realizada por cualquier persona[17], no importando su condición, característica, cargo o función. Basta solo con que el homicidio sea atribuible penalmente a un ser humano, siendo indistinta la edad del agente o su respectiva inimputabilidad penal[18]. La construcción del homicidio como delito común implica en su forma comisiva la posibilidad que cualquier persona humana pueda ser autor del delito, mientras que en la modalidad de comisión por omisión, llamada también omisión impropia, plantea problemas especiales como la determinación de la existencia de una posición de garantía en el sujeto que le obliga a actuar y motivarse de acuerdo con las prescripciones y mandatos del ordenamiento jurídico.

---

16 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 20 y 55.

17 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 27.

18 Sobre la discusión no tan actual, pero interesante entre los que hacen notar a una diferencia entre sujeto activo y autor puede verse: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal*, pp. 267 y ss.; él mismo en Comentarios al C.P., T. I, p. 802.

b. Sujeto pasivo

La determinación del agente receptor de la acción homicida también es impersonal e indistinta, tal como sucede con el autor. Pueden considerarse como sujetos pasivos cualquier ser humano[19], varón o mujer, sin distinción alguna en virtud al principio de igualdad[20]. El derecho a la vida aparece no solo como el más real y concreto de los derechos, sino también como el más general y absoluto de los valores dimanantes de la dignidad humana.

En el homicidio no importa la vitalidad o viabilidad del individuo para seguir con vida[21]. La aptitud para continuar viviendo no constituye ni un elemento esencial ni accidental del homicidio. El matar, aun existiendo ineptitud para vivir, deja intacta la calificación del homicidio. Poseen la calidad de sujetos pasivos del homicidio: un moribundo, un enfermo aquejado de un mal mortal, un condenado a muerte, etc. Asimismo deben ubicarse en dicha línea cualquier persona con deformaciones congénitas sean de naturaleza biológica o psíquica. Lejanos están los tiempos donde se discutía sobre la calidad de sujeto pasivo de los *mostrum y mostrorum*[22] cuestiones que, en cuanto a sus controversias y discrepancias, decayeron notablemente por pertenecer tales creencias a opiniones místicas y razonamientos supersticiosos. En el delito de homicidio, sujeto pasivo y objeto de la acción coinciden[23].

---

[19] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 23; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 9; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18.

[20] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 150.

[21] En la eliminación de la viabilidad y vitalidad como criterios informadores del homicidio influyeron decididamente tanto las ideologías de corte liberal inspirados en el principio de igualdad y las ideas fundadas en los progresos innegables de las ciencias naturales y médicas que socavaron estos trasnochados conceptos.

[22] A mayor extensión: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 23; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T.I., pp. 82 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 24; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 27 y ss.

[23] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 24.

En el caso de los siameses, o en general los casos de seres orgánicamente unidos, no es necesario que la acción de matar se dirija contra de ambos[24]. La muerte de cualquiera de ellos realiza el tipo penal de homicidio[25]. Y solo podría resultar amparable en la medida que se aplique una causa de inculpabilidad o de justificación[26].

Además y sin menoscabo de lo apuntado, se debe de precisar:

i. No constituye homicidio sino aborto, las acciones dirigidas contra la vida humana antes del momento del parto. Solo hay homicidio cuando las acciones ejecutivas se realizan durante o luego del inicio del parto con las contracciones uterinas y la dilatación (momento biológico) y los dolores del mismo (momento psicológico). Queda claro entonces que la frontera entre aborto y homicidio viene representado por el parto.

ii. Es necesario constatar y probar que las acciones de matar ejecutadas durante el parto, o después de él, recaen sobre un ser humano vivo[27], diferente al autor[28]. Sin una vida humana en juego no puede existir homicidio, aun cuando se ejecute una acción de «matar» durante ese periodo, por cuanto sería visible la ausencia de un bien jurídico lesionado (principio de lesividad artículo IV del Título Preliminar CP). No es suficiente verificar el parto o el respectivo nacimiento, sino que se torna imperativo averiguar si el parto determinó o no el nacimiento de una persona viva para la configuración del homicidio.

---

[24] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 24.

[25] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T.I, p. 83; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 46; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 24.

[26] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 46.

[27] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 32 y 34; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 31; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 27; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 42.

[28] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 52.

iii No constituye homicidio y no da lugar a responsabilidad penal aquellos actos dirigidos sobre un muerto, por cuanto un cadáver deja de ser un bien jurídico protegido en el homicidio y no logra lesionarse o poner en riesgo alguna vida humana. El Código Penal actual, a diferencia de su predecesor, deja impune la denominada «*tentativa absolutamente inidónea*» por considerar inexistente la presencia de un bien jurídico protegido. Todo ello implica, según nuestra ley penal, que la peligrosidad subjetiva manifiesta en la decisión del agente y la alarma social causada no es suficiente para imponer una pena si es que no se lesiona un bien jurídico.

2. Comportamiento típico

La conducta criminal puede cometerse tanto por un actuar positivo (comisión) como por omisión impropia. Pese a esta doble modalidad típica, la estadística criminal demuestra que la conducta comisiva es la principal causa de los homicidios si se la compara con la omisión. Con todo, se debe contemplar que tanto la acción y la omisión impropia presentan problemas e inconvenientes comunes.

a. La variedad de medios típicos

El artículo 106° del Código Penal, a diferencia de otros códigos de su estirpe, emplea una parca, pero correcta fórmula, en la descripción del homicidio, merced a la alusión «El que mata a otro», despojándose así de cualquier terminología ociosa como sería el aludir a «causar» u «ocasionar» la muerte a otro; técnica usada en otras legislaciones como, por ejemplo, la legislación italiana de 1930. El código peruano brinda una amplia acogida a las más diversas conductas que producen la muerte, sin hacer distingos en los medios o modos comisivos[29]. La acción de matar se caracteriza por el adelantamiento o la anticipación temporal de la muerte mediante la destrucción de la vida[30].

---

[29] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 28; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 53; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

[30] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 53.

Sin embargo, pese a la amplitud y gran cobertura de la fórmula, la doctrina se esfuerza en señalar una idónea clasificación respecto a los medios utilizados en causar la muerte de otro[31], remarcando el hecho de que no toda acción que provoca la muerte puede generar una obligada responsabilidad penal[32]. A tal efecto se logra distinguir entre medios directos e indirectos ya sea cuando se obra a través de mecanismos tendientes a provocar la muerte inmediatamente (medios directos) o se produce la muerte a través de causas y medios dirigidos a matar en un tiempo mas o menos mediato (medios indirectos).

Asimismo, suele distinguirse entre medios materiales o físicos y medios psíquicos o morales[33]. Los medios materiales o físicos son los que actúan sobre la realidad biológica y el organismo del individuo produciendo una disfuncionalidad orgánica, v. gr.. muerte producida por el empleo de arma blanca o arma de fuego, etc. Por su parte, los medios morales o psíquicos son aquellos que actúan sobre la realidad psíquica o espiritual del individuo ocasionando su muerte. Los medios morales plantean problemas tanto por su naturaleza, por la constitución física del individuo como por las particulares circunstancias que rodean al hecho y que se traducen en la necesidad de aplicar los criterios de imputación objetiva.

b. El llamado "homicidio moral"

Los inconvenientes del homicidio moral se constatan cuando se toma en cuenta a un amplio y casi unánime sector doctrinal que lo acepta y reconoce de modo abierto[34] mientras que una reducida opinión doctrinal se encarga de negarle reconocimiento dogmático al considerar su inidoneidad para producir una muerte.

---

31 Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 279; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 88; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1085.

32 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53.

33 MAGGIORE incorpora además de la clasificación aludida, los medios legales, cuestión sobre la que trataremos más adelante.

34 Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18.

Pese a todo, el primer criterio jurídico no deja de poseer sustento y validez científica, por cuanto, en principio, cualquier medio que cumpla con el requisito de la aptitud e idoneidad para matar puede dar lugar a un homicidio, ello si se tiene en cuenta el conocimiento especial del proceso causal por parte del agente activo unido a la constitución de la víctima, conocida también por él[35].

Los problemas que engendra el homicidio moral se reducen a dos grandes temas: por un lado la dificultad de la prueba de la relación de causalidad (miedo, angustia, dolor[36], tortura psicológica, intensa impresión, etc.) y la producción de resultado y, *por otro lado*, la efectiva idoneidad de los aludidos medios morales para causar la muerte.

Respecto a la dificultad de la prueba se debe indicar que esta cuestión es un problema inherente que arrastra el homicidio simple por medios morales. Sin embargo, dicha dificultad no debe conducir a negar, o poner en entredicho una cuestión sustantiva: la existencia del homicidio. El juez debe contemplar seriamente la relación entre el autor y la víctima, el móvil del agente, la reiterada excitabilidad emocional de la víctima, entre otros factores. En el estudio del homicidio moral se debe confiar en la capacidad analítica del juez como en la correcta aplicación de las leyes de la experiencia.

En lo que atañe a la idoneidad para matar de los medios morales, el intérprete debe preocuparse de analizar la constitución particular de la víctima como también se ha de detener en estudiar la existencia o no de un conocimiento especial por parte del sujeto activo del proceso causal. En estos casos es necesario observar tres grandes hipótesis:

i. Cuando el agente quiere causar la muerte a la víctima, consiguiendo en definitiva dicho resultado y sabe que los medios morales

---

[35] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 19; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 36; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 54; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 481. Véase las obras de Soler, Fontán Balestra, Núñez, Gómez, Gonzáles Roura, Levene, entre otros.

[36] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 54.

que emplea son aptos para producir la muerte. En esta hipótesis nos enfrentamos un caso de homicidio simple[37]. Un sector de la doctrina acepta la presencia de un riesgo típicamente relevante en caso la víctima muera de un paro cardiaco como consecuencia de la comunicación de la muerte de un pariente muy cercano, si es que el autor se inventa la noticia de la muerte y el efecto mortal se produce en la medida que la víctima padezca dolencias cardiacas[38]. Para otros basta que se conozca, por ejemplo, la dolencia cardiaca que padece el receptor de la noticia, el grave sufrimiento que le causará y que se actúe con la intención de que se produzca el resultado[39].

En todo caso, da lo mismo que la noticia que se transmite tenga su causa en un accidente, en una causa natural o por la comisión de un delito doloso o culposo[40]. No obstante, no faltan quienes sostienen que dichos comportamientos no realizan el riesgo o caen fuera del fin de protección de la norma[41].

ii. Cuando el agente causa la muerte al infringir un deber objetivo de cuidado o sólo tiene un conocimiento potencial acerca de la idoneidad para matar de los medios morales. Por ejemplo, un amigo asusta a otro que sufre de dolencia cardiaca, sin considerar el peligro desencadenado para la vida de este. Aquí, aunque no deja de ser problemático, puede alegarse homicidio culposo, siempre que el saber especial sea actualizable o la persona sabía que podía ocurrir a pesar de que en ese preciso instante no lo recordaba, y que la excesiva sensibilidad de la víctima que le podía conducir a la muerte.

---

37 En sentido similar: TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal*, T. XXXVI, Madrid, 1983, p. 227.

38 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 308.

39 Vide PÉREZ ALONSO, Esteban, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 450.

40 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», trad. Mariana Sacher, en *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, 2006, p. 332.

41 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/39, p. 159.

iii. Cuando el sujeto activo produce la muerte sin proponérselo y sin tomarlo en cuenta y desconoce por completo el estado de la víctima, no habrá responsabilidad penal[42] tanto porque es imprevisible el resultado para el autor, como por constituir, según el conocimiento y el comportamiento del hombre medio, una acción socialmente adecuada. Aquí nos enfrentamos a una conducta no prohibida que sale del ámbito de protección de la norma y que, por lo demás, no engendra responsabilidad penal alguna.

La **causalidad psíquica**[43] se encuentra profundamente conectada con el problema del homicidio moral. Incluso, parece que el llamado homicidio moral es un problema de causalidad psíquica. Su ámbito de influencia, sin embargo, es mucho más amplio debido a que comprende también los casos de instigación y ayuda al suicidio como la modalidad de autoría mediata en donde se instrumentaliza al sujeto.

Esta forma de causalidad debe admitirse tanto por aquellos que parten de una concepción determinista como los que parten de la aceptación del libre albedrío[44]. En efecto, el comportamiento de la persona puede ser condicionado e influenciable por el consejo, petición o cualquier otro comportamiento de un tercero[45], que como efecto causal no es directamente observable y que es inaccesible a los demás[46]. El proceso que genera la causalidad psíquica es un proceso complejo, distinto al mane-

---

[42] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/66, p. 329; TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho penal*, T. XXXIX, Madrid, 1986, p. 39.

[43] Vide ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/27, p. 357; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 18; TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., pp. 607 y ss.

[44] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/27, p. 357.

[45] Loc. cit. TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 607; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 61.

[46] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 608. Sin embargo, para ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/28, p. 357: «la comprobación del nexo condicional también se produce en principio en la causalidad psíquica de la misma forma que en otros casos».

jado por las ciencias de la naturaleza, difícilmente acabado en cuanto a su contenido y límites. Si bien la psicología puede ayudar a su comprensión, todavía el desarrollo y el resultado de los mismos no pueden ser tomados como firmes. El proceso causal que se genera debe ser explicado con las reglas de la experiencia[47].

c. Otros problemas

Los problemas respecto al comportamiento típico comisivo en el delito de homicidio no culminan aquí. Quedan aún por examinar los supuestos en los que se produce la muerte de un hombre al actuar él mismo como instrumento y objeto de un tercero ya sea por violencia, error o acción. Aquí el título de la imputación jurídica es de homicidio por autoría mediata. Así, por ejemplo, estaremos frente a un caso de esta índole cuando *X* obliga a *Y* a tomar un cable de alta tensión o le conmina a arrojarse a un abismo si quiere salvar la vida de sus hijos (autoría mediata por falta de tipicidad objetiva)[48]. Asimismo, incurre en autoría mediata quien obliga o induce a error a un enfermo mental para que se suicide[49].

Tenemos, de este modo, que no todo acto de matarse constituye suicidio, sino que dicha calificación legal se ve desplazada por la de homicidio en razón de la presencia de la autoría mediata.

Finalmente, nos enfrentamos a la hipótesis de homicidio cuando al tomar el arma del agresor, o al parar el golpe del atacante, la víctima produce su propia muerte[50].

---

47 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 61.

48 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 287.

49 Por todos: MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, T. I, p. 271.

50 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 18.

3. Relación de causalidad

a. La relación de causalidad

La relación de causalidad es un elemento imprescindible de los tipos penales de resultado[51]. En los delitos comisivos el nexo causal es el fundamento de la imputación del tipo objetivo al constituir el primer presupuesto para su realización[52]. Si bien su importancia en los últimos años ha cedido en cuanto al interés y nivel de discusión a la imputación objetiva[53], su valor sigue siendo indiscutible, en la medida que permite establecer que el propio imputado es el responsable del evento dañoso[54], hecho que da lugar al postulado de que: «*Nadie puede ser penado por la producción de un hecho que no ha sido causado por él*»[55]. Al aceptarse que el fin del proceso penal es

---

[51] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 105; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 297; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 52; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/4, p. 306; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., pp. 66 y 69; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 213. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 317.

[52] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/1, pp. 346 y 350: «La causalidad en los delitos comisivos solo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal». WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 69: «Con la comprobación de la causalidad, sin embargo, se ha establecido el presupuesto más elemental y el límite externo de la responsabilidad penal». WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 52: «En los delitos de resultado la existencia de la relación causal es el presupuesto más importante, pero no el único, de la imputación del resultado». En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317.

[53] Para una explicación de las razones histórico-culturales y jurídicas del deterioro del dogma causal: TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., pp. 591 y ss.

[54] Ampliamente, STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 2003, p. 222.

[55] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., pp. 589 y 600, quien afirma que: «en el concepto de causalidad cabe ver a nuestro juicio una garantía supraconstitucional y jurídico-penal fundamental». JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 297: «El Derecho penal aspira a la conservación de bienes jurídicos haciendo responsable a quien los menoscaba. De ello resulta que alguien cuyo comportamiento *no* ha contribuido al quebranto del objeto del bien jurídico tampoco puede ser castigado».

buscar la verdad como requisito indiscutible para construir una decisión justa, resulta lógico exigir que esa verdad se ajuste a las leyes o parámetros del mundo real.

Si es que no existe relación causal entre la acción y el resultado no es posible plantear la imputación objetiva[56]. Del mismo modo, el hecho que se compruebe la concurrencia del nexo causal no implica que haya necesariamente imputación objetiva o que la persona sea responsable penalmente del suceso que se le imputa[57]. De allí que la relación de causalidad sea condición necesaria, pero no suficiente para la realización del tipo objetivo en los delitos de resultado material.

La teoría del conocimiento remarca el hecho que la relación de causalidad es un fenómeno empírico que responde a determinadas leyes y no una mera forma de pensar del intelecto[58].

a.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la conditio sine qua non

Uno de los requisitos del homicidio en cualquiera de sus formas, como tipo de resultado, es la exigencia de relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado (muerte)[59]. Sin embargo, esta sencilla afirmación esconde tras sí una ardua polémica respecto al empleo de

---

[56] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/1, p. 345.

[57] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/4, p. 306; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/1, p. 346; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 298. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima, 2005, p. 421, num. 1104.

[58] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/4, p. 347; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 66; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 52.

[59] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 55; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 34; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 28; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 11; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 18; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 27.

una teoría concreta que sirva para resolver los diversos y complejos problemas que surgen de la causalidad en el homicidio.

El Código Penal no ha solucionado el problema de la causalidad y de la imputación, tomando partido por una u otra teoría, sino que dicha labor la ha encomendado a la dogmática y a la jurisprudencia[60].

En la ciencia penal ha existido una mayoritaria aceptación de la teoría de la **equivalencia de las condiciones**[61], por la cual es causa del resultado toda condición de la que depende su producción, sin que tenga mayor relevancia su importancia o su mayor o menor cercanía al hecho. Todas las condiciones son necesarias y equivalentes desde el punto de vista causal[62]. El hecho que «causa» sea igual a «condición» implica que no se valora ni se establece ningún rango o preponderancia de la condición, ni la tipicidad de la conducta, ni una relación de inmediatez con el resultado[63]. No se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones que provoca un resultado. La ventaja de la teoría de la equivalencia de condiciones es que no se aparta de la noción de causa manejada por las ciencias naturales y la filosofía y no deja abierta lagunas jurídicas.

Una de las variantes más conocidas de la equivalencia de las condiciones es la fórmula de la *conditio sine qua non*, según la cual es causa del resultado cualquier condición del mismo que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca también el propio resultado[64]; o en sentido similar, toda condición sin la que el resultado no se hubiera produci-

---

60 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 53. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 422, num. 1109.

61 Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 55; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

62 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 55; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 28.

63 Vide MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/18, p. 311.

64 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 28; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 55.

do. Se debe actuar con precaución al momento de distinguir la equivalencia de condiciones de la fórmula específica de la *conditio sine qua non*[65].

Las críticas que se formulan a la teoría de la equivalencia de las condiciones son diversas. Se destaca su tendencia al infinito[66] en la fijación de las conductas causales que se relacionan con el resultado que no ayuda a delimitar el ámbito de la tipicidad[67]. Incluso, se acèptan las condiciones más remotas y lejanas al hecho[68], v. gr., es causa del homicidio la madre del asesino, el fabricante del arma y el vendedor de la misma[69]. Justamente, para evitar extensiones tan desmesuradas de la causalidad se trató de sustituir la teoría de la equivalencia por las teorías individualizadoras de la causalidad[70].

Asimismo, surgen también críticas a la fórmula de la *conditio sine qua non*. En primer lugar, se le censura el hecho que su aplicación supone el conocimiento previo de la relación causal que debe ser comprobada en el caso concreto[71]; de tal manera que si se desconoce dicha ley

---

65 Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., p. 226; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 56.

66 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 57.

67 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 29.

68 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/20, p. 149; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 109.

69 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 56. En la doctrina nacional, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 424, num. 1115.

70 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 36.

71 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 15; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/11, p. 350; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 302; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 110; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 57. Esta crítica es aceptada incluso por quienes suscriben esta posición: GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 55; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 28. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 428, num. 1122; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 318.

causal la fórmula de la *conditio* fracasa estrepitosamente[72]. Hay un escollo insuperable cuando la investigación científica no ha descubierto aún la ley físico-natural que explica la producción del resultado[73]. Por tal motivo, la teoría de la equivalencia solo desempeñaría un papel heurístico o de control[74]. En segundo lugar, no brinda una solución adecuada en los casos en donde concurren circunstancias concomitantes, preexistentes y subsiguientes v. gr. enfermedad previa, hemofilia, debilidad física[75], etc. Al jurista no le interesa cuál ha sido la causa del resultado, sino saber si un determinado acto es causa de un determinado resultado[76]. En tercer lugar, se le reprocha el tratamiento equivocado de algunos casos y problemas causales, tal como ocurre en la *causalidad hipotética* y en la *causalidad alternativa*[77].

La causalidad hipotética se caracteriza porque el resultado también se hubiera producido en un mismo momento o en un momento posterior[78], v. gr. Juan derriba un avión atestado de pasajeros mediante el detonamiento de una bomba; sin saber que en el mismo momento hubiese sufrido una falla mecánica que causaría idéntico resultado; Pedro, mata a una persona sin saber que otro sicario también lo hubiera hecho. A las causas que hubieran desencadenado también el resultado se les denomina *causas de reserva*. El fracaso de la fórmula de la *conditio*

---

[72] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/18, p. 148; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319.

[73] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 55; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 110; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/18, p. 148.

[74] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 302; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 15; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/45, p. 321; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 67.

[75] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

[76] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 57.

[77] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 302; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 16; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 110; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/12, p. 350; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 53. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 425, num. 116.

[78] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

reside en que incurre en resultados absurdos, debido a que sostiene que como había otros factores que habrían desencadenado el resultado, no habría causalidad. Aquí se niega la causalidad donde la hay[79].

La causalidad doble o alternativa surge cuando varias condiciones son causales conjuntamente del resultado con la particularidad que cada una de ellas hubiera producido el resultado por sí sola y en el mismo momento[80], v. gr. dos personas depositan en una taza de café, cada una por su lado, una poción de veneno que por sí sola hubiera matado a la víctima. La fórmula de la *conditio sine qua non* negaría la causalidad de ambas conductas, pese a que se encuentran íntimamente relacionadas con el resultado[81] y calificaría el hecho en una tentativa de homicidio[82].

a.2. La teoría de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza o de la experiencia

Basándose en los problemas y dificultades de la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la *conditio sine qua non*, la doctrina penal ha elaborado un criterio que permite suplir sus desventajas. Este criterio es conocido como *la condición ajustada a las leyes de la naturaleza o de la experiencia*[83] cuya característica es prescindir de todo juicio hipotético respecto a lo que habría sucedido si las cosas se hubieran desarrollado de otro modo[84]. Ahora lo que se pregunta es solo por lo realmente acaecido y si el resultado se encuentra condicionado por la ac-

---

79 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 58.

80 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 34.

81 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 58; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

82 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 351.

83 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 16; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/14, p. 351; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 114; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 386; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 58.

84 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/19, p. 149; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 112.

ción sobre la base de las leyes que rigen el acontecer causal[85]. La concurrencia de la causalidad atiende *«si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo que estaban unidos con la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico»*[86]. Esta postura busca superar las deficiencias metodológicas en las que incurre la teoría de la equivalencia[87].

En Derecho penal la causalidad aparece como un conocimiento empírico basado en la observación de los hechos y de la realidad que responde a las reglas de vida y máximas de la experiencia. Se trata de la aplicación del método inductivo[88].

La investigación de la causalidad en Derecho penal supone dos aspectos. En primer lugar, el conocimiento de las relaciones causales (leyes naturales) en cuanto tales. Y en segundo lugar, el examen del curso causal concreto sobre la base de la ley general[89]. La primera es competencia del perito o experto, mientras que la segunda dependerá de la libre apreciación de la prueba. Las leyes causales solo deben ser aplicadas por el juez cuando alcancen reconocimiento general dentro de los investigadores científicos[90].

La causalidad, y en particular la que le interesa al proceso penal, puede ser relativamente simple o presentar extraordinaria complejidad[91]. Puede ser captada por el saber precientífico, por la experiencia[92] o por el conocimiento científico más depurado. Si bien

---

[85] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 58.

[86] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/14, p. 351; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 114.

[87] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 112.

[88] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 604.

[89] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/37, p. 319; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 17; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/18, p. 148; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 114.

[90] Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 17.

[91] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/15, p. 147.

[92] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303.

es posible hablar de un concepto general de causalidad, en el ámbito jurídico se presentan diversos problemas aplicativos que se relacionan con la causalidad puramente física (v. gr. actuación de fuerzas), química (toxicología) o biológica (cuadros morbosos y/o patológicos)[93].

En el proceso penal se debe probar una concreta relación causal, pero ello requiere de manera lógica partir de la existencia de una ley causal general que vincule el resultado con la acción o con una determinada clase de acciones. Normalmente los tribunales de justicia se basan para fundar la relación de causalidad en el homicidio en criterios empíricos, precientíficos o en pautas obtenidas por la experiencia común, v. gr., la muerte por precipitación, el estado de embriaguez de la persona, etc. Sin embargo, cada vez más se reclama la necesidad de que se utilicen las pruebas científicas[94] y la explicación técnica de los cursos causales con el fin de lograr una mayor certeza y seguridad jurídica; de tal manera que se llega a sostener que la suplantación de la prueba científica debería originar la nulidad de prueba[95] y que un juez que dé la espalda a los principios y leyes científicamente establecidos no podría legitimar su decisión en el libre convencimiento de la prueba[96]. Ella no puede ser negada en la medida que se acredite con criterios científicos[97].

Sin embargo, su asunción trae consigo una serie de problemas. Dos de los más destacados son: el de los cursos causales no verificables y el de la causalidad psíquica (*ut supra*).

---

[93] Ampliamente, TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 602.

[94] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/14, p. 351; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/39, p. 319. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 422, num. 1106.

[95] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 605.

[96] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., p. 237.

[97] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 422, num. 1107.

El problema de los **cursos causales no verificables** surge del hecho que las ciencias naturales no siempre cuentan con una explicación suficientemente acabada del proceso de causación de un determinado fenómeno o resultado. Los cursos causales no son conocidos, o si lo son no alcanzan suficiente claridad y consenso[98]. Ello ha ocurrido en casos tan famosos como la talidomida en Alemania, el caso colza en España[99] y en aquellos supuestos en donde se parte de procesos fisiológicos o biológicos complejos que derivan, por ejemplo, de la ingestión de medicamentos o de una determinada sustancia[100].

La regla en este ámbito debería ser de que si no está probada la existencia de una relación de causalidad debería aplicarse en toda su dimensión el *in dubio pro reo*, en tanto hayan dudas razonables al respecto. El inconveniente aquí es determinar cuál es el requisito necesario para dar por cumplida y probada la relación de causalidad.

En principio, debe reconocerse de que la explicación entera, completa y minuciosa del proceso causal que interviene en la producción del resultado está por encima de la capacidad y del conocimiento humano, por lo que de partida debería prescindirse de exigir un esclarecimiento acabado del proceso causal que produce el resultado.

Las limitaciones y la imperfección de la explicación causal no se opone a la afirmación de que una relación causal está probada en la medida que una acción se encuentre entre las condiciones de un resultado. No es necesario que se compruebe –según los conocimientos científicos actuales– por qué dicho producto, o la sustancia que lo compone, desarrolló un determinado resultado.

---

[98] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., p. 222.

[99] Vide GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35.

[100] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., p. 222; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 62.

Asimismo, es posible que una concreta relación causal no pueda explicarse a partir de una ley universal –que se desconoce–, por lo que es necesario acudir y utilizar una estructura de probabilidades o las llamadas leyes estadísticas para afirmar y/o probar dicha causalidad[101]. Se exige, por algunos, la probabilidad rayana en la seguridad[102]. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se ha comprobado la incidencia de una sustancia en la provocación de ciertos procesos biológicos y/o resultados en un alto porcentaje, sin que se pueda desconocer que en algunos casos dicha sustancia no genera dichos procesos.

Por tanto, no es necesario para la comprobación de una relación de causalidad que todas las personas frente a una determinada acción generen determinados procesos biológicos–orgánicos, que se conozca la específica sustancia que ha provocado el daño[103] o que presenten la misma sintomatología[104], más aún si ello depende de las características constitucionales de cada persona, del mayor o menor desarrollo del sistema inmunológico[105], etc. Como tampoco se requiere que la causalidad se encuentre sólidamente apoyada en métodos científicos garantizados, sobre todo, por ejemplo, cuando no se puede practicar experimentos en seres humanos y los resultados obtenidos en la experimentación con animales no es posible que se extienda automáticamente al campo humano[106].

En este ámbito es común el empleo del método epidemiológico[107] que se define como el estudio de la distribución de las enfermedades

---

[101] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 63.

[102] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303.

[103] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/15, p. 352.

[104] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 35; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 710.

[105] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 63.

[106] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., pp. 235 y ss.

[107] Las etapas del método epidemiológico son diversas: a) En un primer periodo la epistemología observa la realidad sin intentar modificarla (nivel descriptivo); b) en una segunda etapa, se elaboran hipótesis explicatorias sobre la base de los paradigmas imperantes (nivel analítico); c) en la tercera etapa la epistemología intenta verificar la validez de sus hipótesis, sometiéndola a la verificación de acuerdo con la estrategia esco-

en las poblaciones humanas[108]. Dicho método fue utilizado en el caso talidomida y del aceite de colza al ofrecer criterios estadísticos sobre la relación entre la posible causa y el resultado, tomando en cuenta criterios geográficos, temporales, etc.

Si bien se debe reconocer que las estadísticas no proporcionan leyes causales, nadie puede discutir que una racional y adecuada estructura de probabilidades puede ser un valioso instrumento en la explicación de un proceso causal, siempre que se exija una **probabilidad prácticamente excluyente de hipótesis contrarias**[109]. Sin embargo, se recuerda al mismo tiempo que las sentencias basadas en estructuras de probabilidades solo se legitiman en situaciones excepcionales, como consecuencia de la necesidad social sobre la base de las expectativas preventivo-generales y victimológicas existentes en un momento histórico[110]. Asimismo, esta posición remarca que no basta exigir que no haya otro motivo evidente que explique la producción del resultado[111], pues en este caso se trataría de una causalidad por descarte.

Existen casos problemáticos en los que concurre también la relación de causalidad. Ello ocurre en el caso de la constitución corporal de la víctima[112], la negligencia del propio lesionado[113], el

---

gida para el caso particular (Utilizando diferentes diseños de investigación); y d) finalmente se llega a la etapa de conclusión, de acuerdo a los resultados obtenidos, aceptándose o rechazándose las hipótesis originales. Con la nueva evidencia la epistemología elabora nuevas hipótesis que seguirán el mismo análisis descrito, alimentando el conocimiento y abriendo un nuevo ciclo de investigación.

[108] Vide TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 605.

[109] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 64; TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», cit., p. 237.

[110] Por todos, TORÍO LÓPEZ, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», cit., p. 607.

[111] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 304.

[112] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 67; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 21; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 55.

[113] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/17, p. 148; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 21.

golpe leve que provoca la muerte al hemofílico, la muerte como consecuencia de la negligencia del médico luego de ser atropellado[114]. En la causalidad es irrelevante si el resultado pudo ser evitado por la intervención de un tercero o rechazado por la ayuda prestada a tiempo[115]. Lo único discutible aquí es si concurre o no la imputación objetiva.

b. La imputación objetiva

La afirmación de la relación de causalidad no supone necesariamente la existencia de un hecho punible, así como su negación no implica la ausencia del delito[116], v. gr. la tentativa. Causación no es igual a imputación[117]. La imputación objetiva permite la correcta diferenciación entre el caso fortuito o el accidente y el injusto penal[118], de tal modo que se delimita los resultados que son obra de la voluntad de aquellos otros en donde existen consecuencias fortuitas, imprevisibles o accidentales[119].

La imputación objetiva permite establecer si conforme a ciertas reglas y principios se le puede imputar el resultado como obra suya[120].

---

[114] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/23, p. 355.

[115] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 113; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/57, p. 325.

[116] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/4, p. 306; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 421, num. 1105.

[117] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 33; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 435, num. 1142. En el mismo sentido: RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 31: «Las normas penales nunca contienen prohibiciones o mandatos de causación».

[118] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 121.

[119] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 55; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 120; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 377.

[120] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/1, p. 345; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 297; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 67. Para GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», cit., p. 212, la teoría de la imputación objetiva reúne una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad que habían deambulando por estas.

Esta teoría sirve para restringir la responsabilidad derivada de la mera causación del resultado[121] y, además, constituye un requisito implícito del tipo, en especial en los delitos de resultado[122]. Hasta hace poco el estudio de la causalidad agotaba el análisis del tipo objetivo[123]. Los casos en los que parecía inadecuada la punición se remitían como problemática al dolo. En cambio actualmente esta constelación de casos problemáticos se valoran a nivel del tipo objetivo, determinando si basándose en criterios intersubjetivos un resultado puede ser imputado a una persona.

Esta teoría es el tema dogmático más discutido en la ciencia penal alemana y europea en los últimos años adquiriendo una importancia semejante a la discusión alrededor del finalismo[124].

Se parte de la afirmación que un hecho sólo puede ser imputado a una persona si la conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto para el riesgo permitido, y dicho peligro se ha realizado en el resultado, dentro del alcance del tipo[125]. En tal sentido, si la conducta no ha creado ningún peligro, si el peligro creado no se realiza en el

---

[121] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 298; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 444.

[122] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 376; GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», cit., p. 212. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322.

[123] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/36, p. 362; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 307.

[124] Por todos, SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 317.

[125] Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 31; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 364; WOLTER, Jürgen, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», trad. Silvina Bacigalupo, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 65; DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge, *Direito penal. Parte general*, Editora Coimbra, Coimbra, 2004, T. I, p. 313; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 121; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 61; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 33; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 377; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 263; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 445; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 67. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 436, num. 1143.

resultado o si al resultado no es de aquellos que se busca impedir con la norma de conducta, ni el tipo penal no se puede hablar de imputación objetiva del resultado.

El aporte de la imputación objetiva a la ciencia del Derecho penal dista mucho de ser limitada, pues no solo aparece como un intento satisfactorio de explicación de los delitos de comisión, en donde se manifiesta ampliamente la causalidad material, sino que aparece como una propuesta para sustentar la relevancia penal de un resultado cuando es una manifestación de una omisión (delitos de comisión por omisión). La teoría de la «imputación objetiva», es un instrumento teórico eficaz en la explicación de la relación de un acto u omisión y el resultado producido, siendo su validez desplegada tanto en los delitos comisivos como en los omisivos[126].

Por otro lado, el ámbito de aplicación de la imputación objetiva no se extiende únicamente a los delitos de resultado[127]; por el contrario, incide en la relevancia típica del comportamiento, v. gr. delitos de simple actividad[128]. Se propugna su extensión a la teoría de la tentativa, a la autoría y participación criminal[129], a modo de un principio metódico superior[130]. Incluso, se llega a considerar que ella abarca todo el sistema del Derecho penal, influyendo en las causas de justificación, en las causas de inculpabilidad, en la fase de determinación de la pena hasta llegar al proceso penal[131].

---

[126] Así: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 378; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, pp. 229, 245 y ss.; ÍDEM, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, 2002, Lima, p. 253; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 43; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 377.

[127] Así, sin embargo: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 386 y ss.

[128] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/48, p. 248; ÍDEM, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», cit., p. 262; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 35.

[129] Cfr. PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 444; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 35. En contra expresamente: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 387.

[130] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 35.

[131] *In extenso*, WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 65.

La imputación objetiva posee criterios y elementos propios que permiten fundar la relación del acto con el resultado, y cuyos principios fundamentales en la determinación de la responsabilidad penal son:

b.1. Creación de un riesgo típicamente relevante

Las normas de conducta que subyacen en los tipos penales no se dirigen ilimitadamente a cualquier acción, sino que solo comprende aquellas acciones que no se encuentran abarcadas por el riesgo permitido, al sobrepasar dicho riesgo[132]. La tipicidad de la conducta, por tanto, supone la creación de un riesgo típicamente adecuado.

Este primer elemento se basa en: a) una conducta peligrosa; b) la conducta debe encontrarse jurídicamente prohibida[133].

La prohibición penal se dirige a acciones objetivamente peligrosas para los bienes jurídicos, cuya puesta en peligro y/o lesión se pretende evitar[134]. La peligrosidad *ex ante* de la conducta constituye la exigencia mínima para considerarla desvalorada por el Derecho penal y forma parte esencial de la noción de injusto penal. Si el comportamiento realizado es correcto y no crea un riesgo típicamente desaprobado el resultado –en caso se produzca– no puede ser imputado[135].

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado debe diferenciarse –no solo para efectos lingüísticos– del riesgo típicamente relevante, habida cuenta que no siempre un riesgo desaprobado por cierto sector del ordenamiento jurídico, o de la sociedad, va a generar automáticamente un riesgo típico[136]. El Derecho penal, en la medida

---

132 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 31; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 39.

133 Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 34. Crítico en especial con la denominación de riesgo jurídicamente desaprobado: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 382.

134 Cfr. PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 446.

135 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», cit., p. 216.

136 Cfr. MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», cit., p. 253. Aluden expresamente al riesgo típicamente relevante: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/49, p. 249; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 446.

que constituye la *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos, solo toma en cuenta también aquellos riesgos que pueden lesionar o poner en peligro el objeto de la acción.

Hay aquí una íntima relación entre el principio de fragmentariedad, que se aplica también a la selección de los riesgos, con los filtros de la imputación objetiva. El Derecho penal no solo selecciona bienes jurídicos, sino también los riesgos. No es coherente, por un lado, seleccionar bienes jurídicos en la tutela penal y, por el otro, no seleccionar los riesgos que pueden dañarlos. No todo riesgo jurídicamente desaprobado dará lugar a un riesgo típicamente relevante. Por ejemplo, el Derecho civil tiene como finalidad la distribución posterior apropiada por los daños producidos, predominando la función de reparación del daño, en el Derecho penal se pretende la prevención de los daños mediante el efecto de prevención general de las normas de prohibición[137]. Aquí la imputación de daños solo tiene sentido cuando se pueda cumplir con los criterios de prevención general.

El riesgo típicamente relevante permite sortear la crítica que se le formula a la teoría de la imputación objetiva en el sentido de que la creación de un riesgo desaprobado puede aplicarse a cualquier acción contraria al ordenamiento jurídico[138].

La creación del riesgo típicamente relevante parte de: a) un juicio de pronóstico que toma en cuenta los conocimientos existentes en el momento de realizarse la acción[139]. La conducta no se convierte en peligrosa si *ex post* se constata que excepcionalmente ha causado el resultado. Dicho juicio es *objetivo* por lo que es irrelevante si los conocimientos del autor eran inferiores en la concreta situación típica; b) la base de los conocimientos que se utilizan corresponde a la de una persona perteneciente al concreto sector del tráfico o con el tipo de actividad que se realiza[140]. En este ámbito se cuentan y valoran los conocimientos especiales.

---

137 Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 317.

138 Vide la crítica de: GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 58.

139 Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 74; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/49, p. 249.

140 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 68.

Es necesario que el autor haya infringido las normas de conducta que tienen por objeto la protección del respectivo bien jurídico[141]. La norma que el autor infringe debe ser apropiada para impedir el resultado que se produce, tanto desde una perspectiva previa al hecho como también, en la medida de lo posible con una perspectiva posterior[142]. No toda conducta peligrosa se encuentra prohibida por la norma penal, de otro modo ello conduciría a una limitación intolerable de la libertad de acción y a la parálisis de la vida social[143].

Este presupuesto en el homicidio requiere que el agente haya creado o aumentado sustancialmente con su acción al riesgo antijurídico respecto al bien jurídico «vida», más allá del riesgo permitido[144]. La característica de la creación del riesgo es objetivamente poco dudoso en supuestos tales como un disparo a «boca de jarro», utilización de armas blancas, revólveres, escopetas, fusiles, etc. y también a través del empleo de artefactos explosivos, veneno, etc.

Cuando no concurra el primer elemento de la imputación objetiva no solo faltará la imputación del resultado, sino que no habrá conducta alguna que pueda calificarse de tentativa. En cambio, al configurase la creación de un riesgo típicamente relevante doloso, pero no la realización del tipo, dará lugar a la apreciación de la tentativa[145].

La fórmula de la creación de un riesgo típicamente relevante permite excluir, de entrada, los siguientes casos:

- La **ausencia de peligro**, pese a la configuración concreta de la conducta, pues no toda acción necesariamente va a crear un riesgo. El

---

[141] Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 37.

[142] Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 333, quien señala que cuando hay identidad de perspectiva *ex ante* e identidad de perspectiva *ex post* se puede hablar de imputación objetiva en sentido amplio, y cuando aparecen hechos adicionales desde la perspectiva *ex post*, de imputación objetiva en sentido estricto.

[143] Cfr. PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 447.

[144] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 67.

[145] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 36; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/48, p. 248; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 68.

autor no solo no ha creado el peligro, sino que no lo ha aumentado de manera significativa[146]. Aquí corresponden los casos frecuentes de determinar a otro a subir una montaña, el de subir o bajar una pendiente, el comunicar noticias, el pasear por el campo[147], etc. Se excluyen en este ámbito los resultados que no provengan de acciones peligrosas[148].

El Derecho penal no valora negativamente los riesgos sociales mínimos ni los resultados que se encuentran conectados directamente. Una conducta socialmente normal no puede estar prohibida, por más que genere ocasionalmente un riesgo y de manera causal produzca un resultado. Se alude aquí a un riesgo general de la vida[149]. En tal sentido, si una acción de la vida cotidiana causa una muerte no habrá una acción típica de homicidio[150] v. gr. si se vierte agua en una represa que está a punto de rebalsar y ello produce una inundación que genera muertes, habrá relación de causalidad, pero no imputación objetiva.

Sin embargo, la solución debe diferenciarse en cada caso concreto valorando la concurrencia o no de conocimientos especiales del autor de la conducta, en la medida que si el autor conoce *ex ante* del peligro que se cierne sobre el bien jurídico y que su aporte resulta decisivo al mismo será responsable del resultado[151].

---

[146] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/45, p. 366; WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 68.

[147] Vide PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 449.

[148] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 35.

[149] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/28, p. 154; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 72.

[150] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/45, p. 367.

[151] Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 335; WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 87; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/47, p. 367; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/52, p. 249; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 450.

- La **falta de un determinado grado de peligro** en donde se incluyen las hipótesis de riesgo insignificante[152]. No hay aquí un riesgo cualitativa o cuantitativamente de entidad. No existe una relevancia típica dado que no hay un peligro con significado para el Derecho penal entre la acción y el eventual resultado que se produce.

  Se utiliza aquí el punto de vista de una persona prudente en el momento de la acción con los conocimientos especiales que hubiera tenido el autor.

  Ejemplos de la ausencia de peligro típico son los casos en los que un sobrino envía a un tío rico en un viaje de avión con la esperanza que suceda un accidente y perezca como efectivamente sucede, o también cuando un hijo por recelo y odio envía a su hermano al bosque en un día de tormenta con la expectativa que un rayo lo mate[153]. Aquí ni siquiera habrá responsabilidad civil ni alguna relevancia extrapenal[154].

  Algunos incluyen el caso del empujón[155]. En estos casos no puede negarse la presencia de un riesgo mortal, aunque débil y muy pequeño; sin embargo está ausente la prohibición jurídica general que fundamente estos riesgos para otros ciudadanos[156]. También se recuerda que en estos casos habría una participación impune en una libre autopuesta en peligro[157].

  La vida social estaría condenada a la inacción si los resultados se llegaran a imputar frente a cualquier riesgo cotidiano. Por ejemplo, el médico que receta un medicamento ordinario está obliga-

---

[152] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/52, p. 249; ÍDEM, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», cit., p. 253. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 327.

[153] Vide STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/28, p. 154; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 62.

[154] Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 72.

[155] Vide MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», cit., p. 253.

[156] Por todos, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 38.

[157] Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 340.

do a informarse si hay alguna razón para creer que el paciente es hipersensible, pero no tiene por qué condicionar la receta a la realización de todos los exámenes complementarios indispensables a fin de descartar la hipersensibilidad[158].

Uno de los problemas que mayor interés despierta en la dogmática penal es el caso por el cual alguien con poca puntería dispara con ánimo de matar a una persona que se encuentra a una distancia que solo puede divisarla a través de la mira telescópica del fusil[159]. Esta hipótesis es resuelta de manera discrepante en la doctrina. Algunos consideran que en el delito doloso el riesgo permitido debe ser determinado de modo más restringido en los casos que el autor obra con el propósito de lesionar[160]; más aún cuando se defraudan expectativas normativas fundadas respecto al modo en que alguien debe comportarse en el manejo de objetos extremadamente peligrosos[161]. En estos casos se señala que el autor domina la provocación del riesgo por sí solo y no permite que la víctima pueda autoprotegerse[162]. Se diferencian en cuanto a su tratamiento los casos en los que el sujeto solo *advierte* el peligro de aquellos en los que se prohíbe las conductas *mínimamente peligrosas* para un bien jurídico que el sujeto realiza con *el fin de poner en peligro el bien jurídico*[163]. Si el disparo es consecuencia de una maniobra imprudente, se puede acudir al riesgo permitido[164]. De este

---

158 Ampliamente, DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 316.

159 Este caso es la reformulación del caso Thyren por el que una persona completamente inexperta en el manejo de armas dispara con intención de matar a otra, pero a una distancia en la que sería difícilmente acertar incluso a un tirador experto. Pese a todo el disparo alcanza y mata a la víctima.

160 Así: SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 341; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/55, p. 250; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 35; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 72; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 380.

161 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 72.

162 Vide SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 341.

163 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/55, p. 250; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 40; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 380.

164 Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 341.

modo, se termina concediendo una mayor amplitud a la imputación objetiva en los delitos dolosos que en los delitos imprudentes[165], de la misma manera que el dolo directo tendría mayor alcance que el dolo eventual[166].

Otro sector de la ciencia penal se pronuncia a favor de la impunidad del comportamiento al considerar que no se trata de un delito de homicidio consumado, y en el mejor de los casos se estaría ante una tentativa inidónea impune[167]. Se niega aquí la imputación objetiva[168].

El criterio correcto parece este último punto de vista. *En primer lugar*, debido a que el riesgo o peligro objetivo es el mismo tanto en el delito doloso o culposo. No se ve cómo una mayor intención puede crear un mayor peligro, por ejemplo, que una imprudencia grave. *En segundo lugar*, el tirador inexperto carece de conocimientos o capacidades especiales que desde la perspectiva *ex ante* le permitan conocer que el resultado se producirá.

- La **disminución del riesgo** que aparece cuando la persona evita o impide el riesgo inminente para el objeto de la acción, modificando el curso causal. Se sostiene que quien busca neutralizar o disminuir un peligro no crea un riesgo, sino que mejora la situación del objeto del comportamiento[169], v. gr., Juan logra desviar al hombro de Pedro un puñal que José dirige a la cabeza de este; y que de acertar le hubiese provocado la muer-

---

[165] Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 42: «No es posible, por tanto, entender que la imputación objetiva presupone un coeficiente idéntico de peligro para el delito doloso y el delito culposo».

[166] Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/55, p. 250.

[167] Vide CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, T. II, p. 104.

[168] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 111 y ss.

[169] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/43, p. 365; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 121; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 314; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 601; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 448. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326.

te. Lo mismo ocurre cuando se retrasa el resultado[170], v.gr. el médico retarda la muerte del paciente.

La disminución del riesgo no puede ser considerado como la puesta en peligro prohibido del objeto de la acción[171]; o lo que es lo mismo: las normas penales no prohíben en absoluto que se reduzcan riesgos de producción del resultado, que se atenúen lesiones contra bienes jurídicos o se demore o retarde su realización en el tiempo[172]. De esta forma, la disminución del riesgo representa lo opuesto y es la contraposición a la creación del riesgo típicamente desaprobado[173].

En la hipótesis de disminución del riesgo se debe tomar en cuenta desde un prisma eminentemente lógico las siguientes variables: a) un riesgo creado, consciente o inconsciente, voluntario o no, que se dirige a lesionar la vida humana; b) una acción que disminuye el riesgo precedente; c) un resultado de menor gravedad, merced a la conducta anterior.

Un sector de la doctrina resuelve el caso del desvío del golpe (puñal) negando la imputación objetiva si es que se considera la afectación de la salud como un *minus* respecto a la muerte de la persona[174] y no como un *aliud*, mientras que otro acude a la causa de justificación del estado de necesidad justificante.

Se distingue entre disminución del riesgo de la sustitución del riesgo cuya realización puede ser menos dañosa[175]. En este caso se plantea la posibilidad de exoneración de responsabilidad al aplicar las reglas del consentimiento o del estado de necesidad[176].

---

170 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 33; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 121; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 601.

171 Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 68; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 308.

172 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 33.

173 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/28, p. 153; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 314.

174 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/51, p. 249.

175 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 69.

176 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/44, p. 366; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 449; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 386.

Asimismo, la disminución del riesgo no se plantea en los casos donde el autor se encuentra obligado a neutralizar, controlar o proteger al bien jurídico de los diversos peligros, a modo de una posición de garante en los delitos de omisión[177].

- El **riesgo permitido** es otro criterio que permite excluir la imputación objetiva. Su estudio se remite al homicidio culposo.

b.2. La realización del riesgo

Se conoce también como relación o nexo de antijuridicidad[178] o relación de riesgo[179].

La acción, además de crear un riesgo típico debe lograr que se concrete en el resultado. El resultado debe proceder del peligro creado por el comportamiento del autor[180] que desencadena un desarrollo específico del peligro[181]. Se trata de la realización del riesgo que es inherente a la conducta[182]. El riesgo típicamente relevante debe explicar la producción del resultado[183]. Con la creación del riesgo desaprobado no está dicha la última palabra en la imputación objetiva[184].

No todo riesgo se desarrolla y se extiende provocando un determinado evento. El resultado puede haberse producido por el desencadenamiento de otras causas o la aparición de nuevos peligros. El peligro inicial puede

---

177 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., pp. 33 y ss.

178 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 383.

179 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/56, p. 251; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 96; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 451; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 39; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/38, p. 159.

180 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/59, p. 373; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 122; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 451; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 107.

181 Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 72.

182 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/58, p. 251.

183 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 95.

184 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 50; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 318.

ser reemplazado, sustituido o reforzado por otros riesgos[185]. Se habla aquí de **concursos de riesgos**[186]. Es posible que haya relación de causalidad, pero no realización del riesgo inicialmente configurado[187]. En estos casos la creación del riesgo típicamente relevante abre las puertas de la tentativa, pero cierra las de la consumación si es que el peligro no se concreta.

Como casos de falta de realización del riesgo se citan la herida que se cura y luego se infecta desencadenando la muerte; el disparo (doloso o imprudente) que luego de dos rebotes impacta en la persona; el intento de agresión que genera un paro cardiaco; o el pasarse un semáforo en rojo y, conduciendo a una velocidad permitida, se atropella 100 metros más allá a una persona.

La realización del peligro en el resultado supone la valoración del desarrollo concreto del hecho causante del resultado[188] y la formulación de un segundo juicio de peligro[189], que hace las veces de juicio de pronóstico sobre el riesgo derivado de la acción[190].

La realización del riesgo debe tomar en cuenta la característica, la entidad del peligro y su aptitud para producir el resultado. En tal sentido, se resuelve afirmativamente los casos en los que, por ejemplo se arroja a una persona de un puente para que muera ahogada, pero termina con el cráneo completamente destrozado[191]; o el caso en el que la persona infiere graves heridas y cortes a la víctima y esta muere como consecuencia de una infección[192].

---

185 Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 68.

186 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 318; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 451.

187 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/59, p. 373; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 451.

188 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 40.

189 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/59, p. 373.

190 Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 34.

191 Cfr. WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», cit., p. 83; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 383.

192 Ampliamente, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/60, p. 374; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 63.

A diferencia de la creación de un riesgo típicamente relevante, aquí se debe recurrir a un juicio *ex post* en donde se valoran todas las circunstancias del hecho realmente sucedido[193]. Ya no se trata de saber si existió o no un peligro típico (que lo hay), sino si entre dicho riesgo típico y el resultado hay una relación que justifique la imputación del resultado.

En algunas ocasiones es necesario realizar una investigación para determinar si el riesgo creado se realizó en el resultado[194]. Nos encontramos frente a casos en los que concurren varios riesgos y en donde hay que determinar cuál de ellos se ha realizado en el resultado[195]. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en donde una herida debilita la estructura orgánica del paciente. No obstante, si la muerte posee otra etiología, distinta al debilitamiento se deberá negar la imputación del resultado[196].

b.2.1. La esfera de protección de la norma

Uno de los criterios rectores en la realización del riesgo es la **determinación del fin y el sentido de protección de la norma de cuidado**, en el sentido de si, desde una perspectiva teleológica, el riesgo que genera el resultado es uno de los riesgos que la norma quiere prohibir, y qué situaciones de peligro deberían ser combatidas por el deber de cuidado[197]. El riesgo que se plasma en el resultado debe ser el riesgo que la norma quiere prevenir y evitar[198], si los riesgos no son aquellos que la norma busca evitar, el resultado no es imputable[199].

---

193 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 46; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 96; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 318.

194 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/61, p. 374.

195 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 95.

196 En contra: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 308.

197 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 41; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 122.

198 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 602; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 382; PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 452.

199 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 383.

Así, por ejemplo, se señala que la norma que obliga a que las bicicletas utilicen iluminación busca evitar accidentes que provengan de la propia bicicleta, pero no que se ilumine a otras bicicletas o vehículos[200]; o cuando la norma prohíbe rebasar un semáforo en rojo solo tiene la finalidad de proteger la vida de los peatones o de los ocupantes de otros vehículos que se encuentran en las zonas de intersección[201].

Dicho criterio es consecuencia de la aplicación de principios teleológicos[202] o criterios finales de la norma penal, la cual perseguiría solo prohibir conductas específicas, y evitar que determinadas acciones alcancen resultados disvaliosos. No importa, por tanto, en esta hipótesis que la conducta haya creado el resultado, sino que el resultado se encuentra dentro del contexto de tutela de la norma; toda vez que ella lo abraza, protege, v. gr. el caso de una persona que frente a la producción de un accidente sale despavorida, encontrando la muerte en las ruedas de un vehículo que transitaba por las inmediaciones o el caso de quien luego de ser víctima de un atentado que le produce lesiones llega a un hospital en donde días más tarde muere a raíz de un incendio casual[203].

La norma **no prohíbe** todos los peligros, sino solo una determinada clase de peligros: los riesgos típicos, de tal manera que si el resultado es provocado por un riesgo atípico que no se halla dentro del ámbito de cobertura de la norma de cuidado, dicho resultado no debe imputarse[204].

Las normas de cuidado no brindan una información suficiente sobre su fin o respecto a cuáles son los riesgos de una acción que quiere prohibir[205]. Por ello, la delimitación del ámbito de protección de las normas penales es una problemática de la parte especial y de la inter-

---

200 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/69, p. 378.

201 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 96.

202 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 382.

203 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 308; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/47, p. 322; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 64.

204 Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 41.

205 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/40, p. 159.

pretación teleológica de los tipos penales[206] en función de la protección de bienes jurídicos[207].

b.2.2. El problema del descuido del sujeto lesionado

En estos casos se tiene que el resultado (muerte) se produce por negligencia o descuido de la víctima en el tratamiento o cuidado de sus heridas o por un voluntario y consciente deseo de no recibir atención profesional de un especialista. Por un lado, hay una secuela perjudicial o daño a la salud producida por la acción de un tercero y por otro el descuido o la negativa de la víctima a someterse a un tratamiento que podía neutralizar los efectos nocivos o mejorar la condición en la que se encuentra.

Aquí es innegable, al menos en la inmensa mayoría de casos, la existencia de una relación de causalidad entendida en sentido causal mecánico, dentro de la fórmula de la *conditio sine qua non*. Si el operador jurídico tuviera que resolver el caso desde el punto de vista estrictamente natural o físico en virtud de la teoría de la causalidad, tendría que afirmar la responsabilidad penal.

Sin embargo, apelando a criterios normativos, y en particular a la teoría de la imputación objetiva, se llega a una solución completamente opuesta. Así, se debe excluir la imputación del resultado cuando la víctima de una lesión se niega a recibir auxilio, que aún era posible, y tiene plena conciencia del riesgo[208]; o si por motivos diversos se niega a una operación quirúrgica[209]. Para algunos autores debe aplicarse aquí el principio de confianza en el sentido que el primer causante del daño puede confiar que la víctima –e incluso terceros– se comporten cumpliendo con su deber. Si en el caso concreto no hay indicios de que no será así, no habrá imputación objetiva[210].

---

[206] Cfr. SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», cit., p. 343.

[207] Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 51.

[208] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/95, p. 392.

[209] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 309.

[210] Cfr. RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 56.

No hay responsabilidad por homicidio si *A* lesiona a *B* y este se niega a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos al ser testigo de Jehová, hecho que finalmente le termina produciendo la muerte[211]. La imputación se rechaza cuando el resultado producido cae dentro de la esfera exclusiva de responsabilidad de la víctima[212]. La responsabilidad del autor se limitaría a la calificación de lesiones o de tentativa de homicidio, descartándose el homicidio consumado[213].

Creemos necesario establecer, sin embargo, una aclaración respecto a este punto. No basta para el rechazo de la responsabilidad penal cualquier descuido o negligencia de la víctima; debe tratarse de una culpa grave[214], o esencial, que cambie el curso de los acontecimientos. Asimismo, la víctima debe tener plena conciencia del peligro que corre en caso persista en su propósito. No es necesario la exigencia de un riesgo leve para la vida producido por las primeras heridas, pues siendo graves solo un tratamiento oportuno o adecuado podía evitar el desenlace fatal. No es acertado condenar con la sola aptitud o idoneidad para matar de las lesiones inferidas, pues de haber mediado una actitud responsable de la víctima en resguardo de su integridad corporal el resultado no se hubiera producido.

La víctima al evitar cuidar sus heridas por su cuenta, al negarse a recibir un tratamiento especializado o al desistir de continuar el ya iniciado no hace más que asumir, implícita o expresamente, el riesgo del resultado. Mal se haría en castigar a quien si bien ha creado un peligro para la vida no lo realiza en el resultado. Aquí falta el segundo requisito de la imputación objetiva: la concreción del peligro creado en el resultado (muerte).

b.2.3. Constitución anormal de la víctima

En esta hipótesis se contempla el caso del resultado que se produce no solo merced a la acción del sujeto agente, sino por el concurso de

---

211 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 100.

212 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 18/59, p. 326; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 309.

213 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 100.

214 En contra, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, cit., p. 55.

condiciones patológicas o anormales en la naturaleza físico-corporal de la víctima. Existen, por un lado, la acción criminal por la cual se lesiona o mata al sujeto y, por otro, la débil constitución biológica del sujeto pasivo que complementa el comportamiento inicial causando el resultado lesivo, v. gr., Pedro muere en un accidente automovilístico producto de una acentuada trombosis. Alberto muere en una reyerta callejera luego de ser herido con arma blanca al complicarse una septisemia que arrastraba. Enrique mata vía una herida leve a un hemofílico.

La solución a este problema, de no poca manifestación en la praxis jurisprudencial, es propuesta de modo dispar en la órbita doctrinal. Así, mientras algunos autores niegan rotundamente la adecuación típica del resultado disvalioso, atendiendo a las reglas de la experiencia[215], otros admiten la imputación objetiva y la respectiva relación de causalidad, desplazando el problema de la efectiva responsabilidad penal del tipo a la culpabilidad, lugar donde ha de plantearse la previsibilidad del resultado[216]. Se sostiene que no se puede tratar a los enfermos o a los débiles como ciudadanos de segunda. También se plantea que el hecho que el riesgo sea muy reducido o muy remoto no puede conducir sin más a negar la imputación objetiva del resultado, por lo que se impone considerar dicho peligro como un factor entre otros para decidir si el riesgo se encuentra permitido por el ordenamiento jurídico[217].

Por último se debe recordar, como sostiene de modo mayoritario la doctrina[218], que la existencia de la relación de causalidad y la sobreviniente imputación objetiva no está supeditada a la producción inmediata del resultado, por cuanto el comportamiento y su consecuencia no necesariamente han de coincidir en el tiempo de modo forzoso, todo ello a despecho de un amplísimo y casi unánime sector jurisprudencial peruano que exige en las diversas clases de homicidio una cercanía temporal obligatoria entre la acción inicial y la muerte de la víctima; calificando cualquier

---

[215] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 249.

[216] Así: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 310.

[217] Ampliamente, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 71.

[218] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 36; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 476; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentario al Código penal*, cit., p. 449.

distanciamiento temporal entre comportamiento y resultado como simples lesiones dolosas o culposas seguidas de muerte. Esta trasnochada posición nos recuerda al tan infundado y supersticioso criterio incorporado en las legislaciones del siglo pasado por el cual la existencia del homicidio quedaba condicionado al hecho que la muerte se produzca dentro de determinados plazos o días de efectuado el comportamiento criminal[219].

Un pronunciamiento correcto y que parece suponer un cambio de la inveterada línea jurisprudencial lo constituye la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 258-2005 donde expresamente se señala que: «*Si el agente le efectuó a la víctima cortes penetrantes en el tórax, en cuanto a la tipificación del hecho punible, en primer lugar debe tenerse en cuenta que los cortes que infirió, dada la profundidad y la zona afectada, evidencian una voluntad homicida, para cuya determinación es indiferente el tiempo efectivo que demoró el agraviado en fallecer, ya que se trató de una herida mortal*»[220].

VI. EL TIPO OBJETIVO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. La situación típica

La omisión, según entiende la doctrina absolutamente mayoritaria, no significa normativamente no hacer nada, sino no hacer algo determinado[221] jurídicamente exigido[222]; de otro modo no se podría diferenciar la omisión de la inercia[223]. La omisión es un concepto relacional porque siempre está vinculado a una acción positiva. No existe omisión en sí, sino una omisión de una acción determinada[224]. La omisión penalmente relevante resulta impensable sin la presencia de una norma jurídica que impone el deber jurídico de actuar[225].

---

219 Vide JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1952, T. III, p. 508.

220 Vide *El Código Penal en su jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 193. También la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3904-2004 de fecha, 25 de enero de 2005, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, Editorial San Marcos, Lima, 2006, T. II, p. 838.

221 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 662.

222 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213.

223 Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Cedam, Padova, 2001, p. 137.

224 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/1, p. 452; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 277.

225 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 137, para quien: «El deber convierte la inercia en omisión».

La omisión no es un concepto ontológico, sino normativo[226].

El supuesto de hecho del que nace el contenido del correspondiente deber de acción se denomina **situación típica**[227], o **situación de peligro**[228], que está dado por los presupuestos fácticos que permiten determinar el contenido concreto del deber de actuar[229]. En ella siempre existe un peligro de lesión a determinado bien jurídico que debe ser neutralizado o contenido por el destinatario de la norma[230]. No se trata de una mera desobediencia. Los elementos constitutivos de la situación típica son fijados por el legislador de modo semejante a lo que sucede con los delitos comisivos[231], v. gr. en el delito de omisión de socorro (artículo 127°) la situación típica es la condición de peligro por la que atraviesa el sujeto necesitado de ayuda.

El origen del peligro que integra la situación típica puede provenir de fenómenos naturales o humanos, ya sean actos de la propia víctima, del autor o de terceros[232]. La determinación del peligro debe efectuarse en el momento en el que el sujeto aún no ha comenzado actuar y puede optar por una u otra conducta. Se trata de tomar en cuenta la situación *ex ante* que no es otra que el enjuiciamiento objetivo que realiza el hombre medio con los conocimientos especiales del autor en la circunstancia concreta[233].

---

[226] Cfr. GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale [PG]*, p. 229; FIORE, Carlo y FIORE, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Utet, Torino, 2005, p. 235; PADOVANI, Tullio, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 1995, p. 144: «La omisión es un elemento normativo de carácter jurídico»; MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 131; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 137.

[227] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 371; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 395.

[228] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 283.

[229] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 692.

[230] Cfr. CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, Cedam, Padua, 2002, p. 191.

[231] Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Zanichelli, Boloña, 2001, p. 543.

[232] Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 283.

[233] Ibídem, p. 284.

La fijación del comportamiento debido que se exige al ciudadano, se determina **objetivamente** en base a las circunstancias de cada caso[234] y no depende, por ejemplo, de si alguien ha esperado –por que así lo quería– su ejecución[235]. El primer paso para valorar si concurre un posible comportamiento típico requiere precisar la **norma** que establece un deber de actuar. Dicha norma y el deber que de ella deriva ha de ser siempre un precepto jurídico y, por tanto, un deber de la misma índole[236]. No basta que se acredite un deber moral, ético o de otro orden sobre la base de una norma de semejante naturaleza, pues los deberes morales no son jurídicamente exigibles ni sirven para fundamentar la responsabilidad penal[237].

En los delitos de omisión regulados legalmente, la situación típica es descrita por la misma ley, aunque no siempre de modo suficiente y adecuado, mientras que los delitos omisivos regulados en el artículo 13° deben ser objeto de una interpretación teleológica de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, tomando en cuenta la acción esperada, el bien jurídico protegido y otros factores penalmente relevantes[238].

La regulación de la situación típica por parte del legislador puede basarse en el uso de elementos descriptivos –como sucede, por ejemplo, con la omisión de socorro– o de elementos normativos – jurídicos, v. gr. omisión de denuncia[239]. El incremento notable de delitos omisivos en el Derecho comparado y en el peruano trae consigo también el empleo a veces indiscriminado de elementos normativos, dada su profunda conexión con el desarrollo técnico y social.

---

234 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 278.

235 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 278.

236 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 131; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 138.

237 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 145; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 138; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 131; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 106.

238 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 692.

239 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 544.

2. La no realización de la acción mandada y la capacidad individual de acción

La tipicidad del delito de omisión requiere de la ausencia de la acción esperada que se deriva de la situación típica[240]. Por acción indicada o mandada debe entenderse aquella conducta que, desde la perspectiva *ex ante*, se estima objetivamente apropiada o necesaria para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una conducta positiva[241].

No existe una omisión dolosa cuando el autor cumple oportunamente con el deber prescrito en la norma[242], o cuando se ha esforzado seria pero infructuosamente en cumplir con su deber de actuar[243], v. gr. pone en conocimiento de las autoridades la comisión de un delito utilizando el correo postal, el cual llega tarde y no permite impedir el evento. Si una persona con la finalidad de cumplir con su deber actúa equivocadamente –o hace menos de lo debido– solo puede ser castigado por omisión imprudente[244]. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el sujeto se esfuerza seriamente por neutralizar el peligro, pero dicho esfuerzo lo hace a través de un medio inadecuado sin advertir la existencia de otro medio más idóneo[245].

El cumplimiento de la conducta ordenada presupone que el sujeto contaba con la posibilidad de hacer o de ejecutar algo, en un sentido normativo[246]. En tal sentido, la inexigibilidad en los delitos de omisión no es solo una mera causa de exculpación, sino un elemento integrante del tipo[247].

---

240 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 663.

241 Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pp. 289 y 294.

242 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 281.

243 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 138; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 281; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545.

244 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 296; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 281.

245 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 296.

246 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545.

247 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 81; IDEM, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 307. De otro parecer: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 388 y ss., quien considera que la exigibilidad pertenece al juicio de culpabilidad.

La capacidad individual de acción, llamada también posibilidad de ejecución de la acción[248], pertenece a la tipicidad del delito omisivo[249], la cual se verifica una vez que el autor haya podido emplear los recursos y medios idóneos para ello. Se requiere, por ello, de una **posibilidad *material*[250] y *concreta*[251]** de cumplir con el deber que se desarrolla dentro del límite de sus propias fuerzas[252]. El caso más claro de su ausencia se da cuando falta una capacidad física de acción[253]. En efecto, cuando hay una incapacidad total de actuar (v. gr. desmayo, sujeción de esposas, etc.) no se puede hablar de posibilidad físico-real de evitar el resultado[254] (*imposibilidad absoluta de actuar*). Lo mismo ocurre si el sujeto, que no posee ésta incapacidad, no tuvo la posibilidad material de intervenir en el suceso típico[255] o cuando falta las condiciones externas indispensables para cumplir la acción que manda el ordenamiento[256], v. gr. la persona no cuenta con los medios necesarios para prestar ayuda personalmente[257], pero puede pedir ayuda (*imposibilidad relativa de actuar*).

Solo se exige lo que el destinatario de la norma pueda realizar física y realmente en la situación de riesgo[258]. Lo que objetivamente no se puede realizar o es imposible efectuar en el caso concreto, no consti-

---

[248] Así: MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz/ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. II, 46/51, p. 245; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 132; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 232; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale [PG]*, p. 231.

[249] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 693.

[250] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545.

[251] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 138; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 232.

[252] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 87.

[253] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 693.

[254] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213.

[255] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/49, p. 245.

[256] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 138.

[257] Cfr. MANTOVANI, Ferrando, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", en CEREZO MIR, José (Dir), *Modernas tendencias en la Ciencia penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 488.

[258] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213.

tuye una omisión típicamente relevante[259]. No hay omisión punible cuando desde una perspectiva objetiva *ex ante* la conducta que no se realiza no es apropiada para la evitación del resultado y solo, por ejemplo, dificulta su producción[260].

La persona debe tener dominio del hecho en cuanto debe poder realizar la acción debida en la situación típica[261] o debe encontrarse en condiciones de poder dominar una situación de peligro (delito culposo)[262]. Es determinante ponderar la omisión en el caso concreto, pues solo una acción que se puede realizar en determinadas circunstancias está en condiciones de configurar un injusto penal[263].

Un sector importante de la doctrina equipara a la imposibilidad física, la incapacidad técnica, la falta de conocimientos o la ausencia de medios de auxilio[264]. Sin embargo, debe distinguirse los casos de imposibilidad material de la imposibilidad jurídica que se vincula más bien al deber jurídico de actuar.

La valoración de la acción mandada no debe fijarse en abstracto, sobre la base de una capacidad general de acción o en función de la posible realización por parte del sujeto de otros comportamientos, sino más bien en la específica acción debida u ordenada según las prescripciones normativas en la situación concreta. Lo decisivo es comprobar la posibilidad de realizar la concreta y específica acción de salvamento ordenada por el Derecho en orden a proteger el bien jurídico[265], v. gr. no omite jurídico-penalmente el padre que no

---

[259] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 144; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213, alude a que conceptualmente no se puede hablar de omitir.

[260] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 289.

[261] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 277: «Solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida».

[262] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/48, p. 245, quien habla de una dominabilidad de una acción de peligro.

[263] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/58, p. 479; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

[264] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 694.

[265] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/51, p. 245; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/59, p. 479: «[N]o se trata de de la capacidad

puede salvar a su hijo que se está ahogando porque no sabe nadar[266]. Sin embargo, ello no elimina el hecho que el ordenamiento jurídico le exija la realización de otras acciones idóneas y eficaces con el fin de proteger el interés tutelado, v. gr., pedir auxilio al salvavidas o a otra persona que sí sabe nadar[267].

La realización de la acción indicada debe ser necesaria, útil, idónea o adecuada para evitar el resultado. El tipo penal no requiere el emprendimiento de cualquier acción o de una conducta inútil que no sirva a la protección del bien jurídico[268].

La omisión de la acción de salvamento se configura si es que en el caso concreto hay una posibilidad física-real de evitar el resultado[269]. Se parte de la idea que el autor ha podido hacer algo en la circunstancia concreta de modo razonable[270] o ha podido desplegar una acción según sus concretas posibilidades de actuación, v. gr. no omite el inválido que por su propia incapacidad no apaga el fuego que se enciende o propaga[271]. Se habla correctamente que el plan de acción proyectado debe ser *realizable*[272]. Debe tomarse en cuenta al momento de fijar la posibilidad de acción las capacidades del autor individual[273].

No es necesario que al efectuar la conducta ordenada, el destinatario de la norma se encuentre presente de manera física en la situación en la que se requiere desplegar la acción de salvamento, siempre, por ejemplo, que se pueda servir de un tercero (obligado o no obligado)

---

de llevar a cabo sin más acciones coordinadas y dirigidas a alcanzar un objetivo, sino de la capacidad para ejecutar una acción perfectamente determinada».

266 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/59, p. 479; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 214; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 133.

267 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 693.

268 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 298.

269 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 213.

270 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

271 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/49, p. 245.

272 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 283.

273 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/58, p. 479.

que está en el lugar de los hechos o puede actuar de modo inmediato controlando el peligro[274]. En efecto, el hecho de que un ciudadano sea el que ostente la posición de garantía o el deber de actuar (por tanto, el deber de actuar personal) no quiere decir que no pueda cumplir con su deber solicitando el apoyo o participación de terceros[275].

Pese a que la doctrina se muestra inclinada a reconocer la capacidad individual de acción, se discute los requisitos y presupuestos para su aceptación. Así, por ejemplo, hay quienes parten de criterios objetivos, por lo que se prescinde de las posibilidades físicas de actuar, mientras que otros exigen reparar en la capacidad de culpabilidad del omitente o en la aptitud para motivarse libremente, como condición previa para la capacidad de acción[276].

La doctrina mayoritaria se decanta en este punto por una perspectiva intermedia. La primera exigencia es que concurran **presupuestos externos** para la realización de la acción debida (v. gr. cercanía espacial, medios adecuados de auxilio, etc.) y que se disponga de **recursos propios** (v. gr. conocimientos técnicos, capacidades intelectuales, fuerza física, etc.). Solo así se puede exigir al autor la representación de la acción como meta o fin posible de la voluntad. Debe tomarse en cuenta las facultades individuales del autor en las circunstancias dadas[277]. El punto de vista *ex ante* cumple aquí un rol descollante, dado que responde a la pregunta de si un espectador cuidadoso habría conseguido representarse la acción debida y considerar las posibilidades externas para ello[278].

3. Resultado, causalidad e imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión

La producción del resultado constituye el momento consumativo del delito de omisión impropia, v. gr. debe comprobarse que la muerte

---

[274] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 283.

[275] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545.

[276] Una descripción de las diversas posiciones se encuentra en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

[277] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/51, p. 245.

[278] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665.

se originó por la no ejecución de la acción de salvamento o que el resultado de las lesiones se produjo por no realizar la atención médica que el caso demandaba. En tal sentido, se afirma que el resultado debe ser imputado objetivamente al autor[279], que no es otro que aquel que detenta la posición de garante. Si el resultado no se evita, la pregunta que se formula es si existe la causalidad en la omisión o, en una mejor formulación, cuáles son los filtros de imputación que debe utilizarse para fundar la responsabilidad penal.

Como se ha señalado, la omisión posee una indiscutible base normativa. Por ejemplo, lo que produce la muerte es el desarrollo de la enfermedad; sin embargo lo que se imputa, empero, es que el médico no haya efectuado el diagnóstico correcto o no haya aplicado las acciones médicas correctivas[280].

En la ciencia del Derecho penal constituye criterio mayoritario el rechazar la existencia de causalidad en la omisión[281], aunque no faltan quienes reconocen una efectiva relación de causalidad[282]. Entre ambos criterios se alza el planteamiento que afirma como innegable la diferencia de la condición inicial en la causalidad omisiva y en la causalidad activa[283]. Sin embargo, la importancia de la discusión no debe exagerarse al carecer de relevancia práctica[284] y constituir un asunto improductivo que sobrecarga a la ciencia jurídico-penal[285] y que llega muchas veces a resultados injustos[286].

---

279 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 214; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/23, p. 237.

280 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162.

281 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 292: «La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada». FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 554; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162: «Al que omite no se le imputa haber causado el resultado, sino haber impedido el evento».

282 Vide MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 140.

283 Cfr. ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3ª ed., Milán, 2004, T. I, art. 40/36, p. 376.

284 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/53, p. 476.

285 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/18, p. 234.

286 Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004, p. 509.

La causalidad como estructura del ser (óptica) requiere el desplazamiento de una fuente de energía sobre un determinado cuerpo o su intervención en el mundo real, algo que justamente falta en la omisión[287]. La fórmula *ex nihilo nihil fit* posee en este ámbito plena aplicación[288]. Al autor se le castiga no por causar el resultado, sino por no haberlo evitado[289]. Los términos de la imputación en la omisión no surgen de una base mecánica, física[290] o puramente causal, sino de un enjuiciamiento valorativo[291]. La pregunta decisiva es si la ejecución del comportamiento hubiera evitado el resultado[292].

Se debe partir no tanto de lo que hubiera bastado en el caso particular, sino de un juicio general fundado en la experiencia acerca de la consecuencia (más altamente) probable de la acción omitida[293].

La aceptación de la causalidad en la omisión depende también de la noción de causalidad de la que se parta. Si se trata de una causalidad en términos óntico fenomenológicos evidentemente de la omisión no puede salir más que la nada; empezo si se parte de una concepción normativa se puede hablar de una condición conforme a la ley[294]. En la omisión creemos que no se puede hablar de una relación causal verdadera y propia, sino de los criterios que ayudan a fijar la imputación del sujeto garante[295].

---

[287] En contra: STELLA, Federico, en CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALA, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2003, p. 161, quien considera a este punto de vista como arcaico y antropomórfico y habla en su lugar de «condición estatática».

[288] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 166: «Desde el punto de vista naturalístico la conducta omisiva no puede producir algún resultado, porque no tiene consistencia material». MAQUEDA ABREU, María Luisa, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 830; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275.

[289] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 292; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 554.

[290] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 214.

[291] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/23, p. 237; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/36, p. 376.

[292] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666.

[293] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/22, p. 236.

[294] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 694.

[295] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 134; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 555; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 236.

La jurisprudencia comparada, especialmente alemana, exige que la ejecución de la acción ordenada hubiera evitado el resultado con una **probabilidad rayana con la seguridad**[296] o un **elevado grado de probabilidad racional**[297]. No se exige la certeza absoluta[298]. Si no se cumple con este requisito y no existe un alto grado de probabilidad en la evitación del resultado debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*[299]. No bastan las meras sospechas, conjeturas, la mera posibilidad[300], el chance racional o de la suerte. Tampoco es suficiente una sospecha fundada o la confianza sentimental incluso así se hubiera basado, por ejemplo, en cuestiones como la edad del paciente.

La crítica que se dirige a este punto de vista es que solo se debería emprender una acción de salvamento cuando no se tenga duda alguna del éxito del intento, pero no cuando solo se incremen las posibilidades de salvamento, v. gr. los padres que no conducen al hospital a su hijo gravemente enfermo solo responderán por homicidio si se demuestra que la acción omitida hubiera salvado con seguridad a su hijo; de tal manera que si la enfermedad tiene una alta tasa de mortalidad podrían renunciar a la asistencia médica[301]. Este planteamiento genera graves e injustas lagunas de punibilidad. Desde el punto de vista preventivo mantener una tesis semejante conduce a no realizar acciones de salvamento fuera de los casos absolutamente seguros, desalentando las acciones que objetivamente tienden a proteger bienes jurídicos[302].

---

296 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 292: «*probabilidad que limita con la certeza*»; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 667; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 214; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673.

297 Cfr. STELLA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 163; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 214; RIZ, Roland, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2002, p. 160; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/39, p. 376, quien alude a un: «elevado grado de credibilidad racional».

298 Cfr. RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 160; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 214.

299 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 667.

300 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/41, p. 377.

301 Por todos, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/55, p. 477; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 695.

302 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 695.

Se sostiene además que los deberes impuestos por las normas jurídicas no buscan impedir resultados, sino disminuir las probabilidades de ocurrencia del resultado[303].

Por otro lado, si se aplica la exigencia de la probabilidad rayana con la certeza a los casos de la responsabilidad profesional de los médicos en materia de omisión, es fácil concluir que se generaría en este ámbito amplias y clamorosas lagunas de punibilidad en la medida que difícilmente los profesionales tendrían que desarrollar acciones de salvación si es que no hay certeza que con su intervención el paciente se salvaría. Incluso, si se examina este planteamiento a la luz del bien jurídico «vida humana», hay sobradas razones para su cuestionamiento ya que aún en los casos de pocas posibilidades de salvación de la vida, subsiste el deber de actuar[304].

Un sector minoritario de la doctrina penal plantea que por encima de exigir seguridad en la evitación del resultado es suficiente que la acción ordenada –y que no se realiza– al menos se encuentre en condiciones, desde una perspectiva *ex ante*, de disminuir el peligro de su producción[305] o que la omisión haya incrementado el riesgo de lesión al bien jurídico[306] (**teoría del incremento del riesgo**). Se trata de la reestructuración judicial del delito de daño[307]. Igual rige ante la eliminación de una posibilidad de salvamento[308], v. gr., si el cónyuge no hace nada para impedir el aborto al que se someterá la mujer, él aumenta el riesgo. Lo único que interesa aquí es verificar si las oportunidades de salvación o de indemnidad del bien jurídico se hubieran incrementado o habría una mayor probabilidad de supervivencia.

Las críticas que se dirigen a este planteamiento destacan que su sustentación obedece más a razones éticas que a razones jurídicas, pues

---

303 Ibídem, p. 696.

304 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 557.

305 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/52 y 54, p. 476; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/23, p. 237.

306 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/23, p. 237.

307 Vide CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 213.

308 Así: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/23, p. 237.

al ciudadano se le obliga a realizar no tanto la conducta debida o prescrita por la norma, sino **todo lo posible** para la salvación del bien jurídico. Se remarca que esta tesis no es compatible con la vigencia del principio de legalidad, pues el mero aumento del riesgo sustituye al elemento «*equivalencia o de correspondencia*» establecido en la ley. Se produce una interpretación *contra legem* de los elementos de la omisión impropia, pues de configurarse como un delito de resultado se terminaría –concibiéndolo como un delito de peligro o un delito de mera actividad que cancela el requisito de la causalidad–[309]. El centro del injusto se traslada al disvalor de la acción y a la creación del peligro, pasando el resultado a constituir una mera condición objetiva de punibilidad[310].

Al existir duda respecto a si efectivamente la acción de salvamento hubiera disminuido el peligro, se aplica irremediablemente el principio *in dubio pro reo*[311].

Frente a las dos posturas que exigen una probabilidad rayana con la seguridad, o que la conducta debida, pero omitida, haya disminuido las posibilidades de realización del evento, se alza un criterio intermedio que postula la sola exigencia de **probabilidad**[312], en el sentido de que el cumplimiento de la acción ordenada hubiera probablemente evitado el evento.

La prueba de la imputación en la omisión debe ser lo más rigurosa posible[313], en la medida que lo permita el saber científico y la experiencia humana[314] en un contexto histórico determinado, tal como por ejemplo ocurre en el desarrollo y avance de la medicina. Aquello que impide un determinado resultado está sometido a condicionamientos dinámicos de cambios y avances tecnológicos, médicos o de cualquier otro orden en la sociedad al permitir determinar la acción que evita el

---

309 Cfr. STELLA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 164.

310 Ampliamente, CADOPPI/VENEZIANI, *Elementi di Diritto penale. Parte general*, cit., pp. 213 y ss.

311 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 696.

312 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 167; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 236.

313 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/40, p. 377.

314 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 164.

resultado. Dicha prueba no debe fijarse en abstracto o a nivel general del caso, sino que se debe conocer todas sus circunstancias y los elementos del hecho[315] y debe reparar en el sector del tráfico correspondiente en el que sucede.

Se debe prescindir del criterio que toma en cuenta la importancia del bien jurídico protegido para determinar o exigir un mayor o menor grado de probabilidad en la omisión[316]. De allí que sea errado el punto de vista que considera un menor grado de probabilidad en los casos en donde se ponga en peligro la vida o la salud[317].

Hay acuerdo en considerar que si el resultado se ha producido independientemente de la configuración de una conducta omisiva, dicho resultado no puede ser imputado objetivamente al sujeto que incurrió en la omisión[318].

En este ámbito se exige dos requisitos: a) la determinación de la concreta causa natural del evento; y b) la precisión de la acción que hubiera impedido con certeza y elevada probabilidad el resultado[319].

4. La posición de garantía en el delito de comisión por omisión (primer criterio de equivalencia)

a. Fundamento y límites

El fundamento de la posición de garantía surge de la necesidad reconocida por el ordenamiento jurídico de asegurar a determinados bienes jurídicos una tutela reforzada ante la incapacidad,

---

[315] Cfr. FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 236.

[316] Con reparos: FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 238.

[317] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 164.

[318] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/26, p. 238; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 165; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 277.

[319] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 163.

total o parcial, del respectivo titular del bien jurídico de protegerlo adecuadamente[320]. No basta con que el orden jurídico imponga en determinadas circunstancias una obligación de actuar. Es necesario, además, que exista una relación del sujeto con el bien jurídico protegido que establezca el deber de proteger y neutralizar el peligro que surge contra él. Este deber obliga personalmente al garante a proteger el bien jurídico o a controlar los peligros que puedan afectarlo. No se trata aquí de cualquier deber general, sino de **deberes específicos** que ligan al garante con el bien jurídico[321], ejerciendo un papel particularmente importante en su determinación la situación de dependencia o de dominio personal que posee el garante con el bien jurídico[322].

La posición de garante permite diferenciar en una afortunada expresión: «quién de aquellos que pueden, tienen el deber de evitar el resultado»[323].

Si bien en los delitos comisivos es necesario que se verifique una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado, en la omisión impropia no basta con comprobar que una determinada acción hubiera impedido o evitado el resultado. Es indispensable demostrar primero la existencia de la posición de garantía, pues en esta modalidad omisiva el deber de intervenir y actuar solo le es exigible al ciudadano cuando media un determinado precepto. El agente tiene que responsabilizarse jurídicamente con el fin de que el resultado no se produzca[324].

---

320 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564.

321 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 661.

322 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 698; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 105.

323 Vide MEINI MÉNDEZ, Iván, «Delitos omisivos de resultado», en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, p. 444. De modo semejante: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 755, num. 1946.

324 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 215; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 105.

En el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho no todos los ciudadanos son guardianes de todos los bienes jurídicos, ni se les impone los deberes de actuar, ni pueden ser llamados a responder penalmente por toda lesión a los bienes jurídicos[325]. No hay una posición de garantía generalizada en beneficio de *todos* los bienes jurídicos[326]. Ello sería más bien propio de regímenes autoritarios que imponen una determinada moral colectiva[327]. No hay, entonces, un deber general e innominado de ayudar, de hacer o de impedir que algo ocurra[328], de otro modo se estaría gravando de manera excesiva la libertad de acción[329] y se obligaría a que todos los ciudadanos intervengan en todas aquellas situaciones en las que se ponen en peligro los bienes jurídicos[330].

El deber de actuar es un deber especial que incumbe a un sujeto o a un número cerrado de personas y no a la generalidad de ciudadanos[331]. Como regla solo se prohíbe la realización de acciones lesivas que crean riesgos no permitidos y poseen capacidad lesiva para los bienes jurídicos; de otro modo se transformaría a los ciudadanos en policías privados que no tendrían ninguna limitación[332].

La omisión, o el deber jurídico de actuar, solo se castiga de manera excepcional[333] y limitada, siempre que se cumplan con determinados presupuestos entre los que se cuenta la existencia de un deber jurídico[334] –llamado también **fundamento jurídico especial**[335], deber espe-

---

325 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 559.

326 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/44, p. 378.

327 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/34, p. 241.

328 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 286; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 159.

329 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 560.

330 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 166; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/55, p. 382.

331 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 698; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 263.

332 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/34, p. 241.

333 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 262.

334 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 134.

335 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

cial típico[336]– de proteger de manera directa y especial un determinado bien jurídico o de controlar una fuente de peligro. Hay aquí una obligación jurídica de actuar para evitar el resultado[337].

Si bien a todos los ciudadanos se les prohíbe realizar acciones lesivas en perjuicio de terceros, no a todo ciudadano se le impone el deber jurídico de actuar en determinada situación. Asimismo, no todo deber jurídico de actuar supone un deber de garante[338]. Incluso, se llega a plantear que más que hablar de una posición o rol del sujeto de modo genérico, debe hablarse de situaciones concretas de garantía[339].

Comete homicidio el padre que ve cómo su hijo se ahoga y no hace nada para impedirlo. En cambio solo responderá por omisión al socorro el bañista o el mejor nadador del mundo que observa el ahogamiento. Si bien ambas personas omiten, la posición de garantía concurre en un caso y falta en el otro[340].

Ello demuestra que no basta contar con el poder de hecho de evitar el resultado[341], pues el dominio fáctico de una situación no equivale a la existencia de un deber de actuar o que una persona posea la obligación de actuar[342]. Es necesario algo más: ser garan-

---

336 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/31, p. 240.

337 Cfr. FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 233.

338 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/36, p. 312; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 758, num. 1955.

339 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 370; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 313 nota 33.

340 Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/53, p. 246; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 755, num. 1946. Niega expresamente en este caso la responsabilidad penal por comisión por omisión y considera solo la presencia de omisión de socorro: GRACIA MARTÍN, Luis, "Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", en CEREZO MIR, José (Dir.), *Modernas tendencias en la Ciencia penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 473.

341 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 286; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/49, p. 245.

342 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 166.

te[343]. Asociado al poder evitar el resultado se agrega el deber jurídico de evitarlo.

Los distintos deberes de impedir el resultado y que imponen un determinado deber de actuar giran alrededor de que una persona está vinculada de modo especial a la protección de un bien jurídico puesto en peligro y que en atención a ello el ordenamiento jurídico –y el resto de los ciudadanos– confían y pueden confiar en su intervención oportuna y eficaz.

La configuración de un deber concreto de acción determina que la omisión impropia sea considerada como un delito especial propio[344].

La situación típica de un delito de omisión propia no genera un deber de garantía toda vez que se trata de deberes de garantía completamente generales[345]. La realización de los tipos de omisión propia no provoca una obligación de evitar el resultado; es decir, la omisión propia no puede servir de base para generar un deber de impedir el resultado[346].

Solo existe una obligación general jurídico-penal que nos afecta a todos de socorrer a cualquier ser humano y que da lugar a un delito de omisión al socorro.

b. El deber jurídico de actuar. Exclusión de los deberes morales

El deber especial de actuación constituye un genuino y auténtico deber jurídico, que se basa en la relación estrecha del sujeto con

---

[343] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/53, p. 246: «Solo puede ser autor de un delito de omisión impropia quien se encuentra especialmente obligado a la conservación de un bien jurídico»; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/44, p. 378; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 233; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 159.

[344] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 287; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 262; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 278.

[345] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 215; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 669.

[346] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/75, p. 253.

El aspecto más claro en este ámbito lo constituyen las relaciones **paterno-filiales**[357]. La doctrina y jurisprudencia comparada remarca que los padres están obligados a proteger la vida y la salud de sus hijos menores que viven con ellos[358], mientras no puedan valerse por sí mismos[359], respecto a eventos naturales y/o cualquier otra agresión de terceros[360], v. gr. desarrollo de una enfermedad en el organismo del hijo o una acción homicida emprendida por una persona[361]. El deber de garantía subsiste, incluso, en caso de ausencia física de los padres o de uno de ellos[362], v. gr. cuando salen de viaje y dejan a sus hijos encerrados y sin alimentación alguna. Los niños al no poder valerse por sí mismos constituyen un foco de peligro, que debe ser contrarestado con medidas de precaución que se encomienda a las personas más cercanas[363].

La posición de garante de salvar la vida no debe identificarse con el deber jurídico civil de dar alimentos[364], con el encargo de la manutención directa o con la posesión de medios económicos que posibilitan la subsistencia de los hijos.

La relación de protección de los padres respecto a sus hijos termina cuando estos abandonan el hogar para independizarse y se relativiza cuando los padres se separan y la custodia y protección es encargada a uno de ellos[365] o, incluso, cuando el hijo puede valerse por sí mis-

---

357 Al respecto: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 704; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 568; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/59, p. 384; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 161; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 523; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280.

358 Remarca la necesidad de la convivencia entre padres e hijos: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/39, p. 471.

359 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/45, p. 315.

360 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 181.

361 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569.

362 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 704.

363 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, T. I, p. 435.

364 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 293; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 181; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113.

365 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 111; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 704.

mo[366]. No obstante, dicho deber se extiende en aquellos casos en los que la situación de peligro para el hijo proviene del otro padre, v. gr. la madre deja que el padre envenene a su hijo.

En las relaciones paterno-filiales la posición de garantía no es ilimitada ni absoluta, ya que puede excluirse en algunos casos. Ello ocurre, por ejemplo, los padres por diversas razones no pueden cuidar a su hijo y encargan dicha custodia a algunas instituciones públicas (wawa-wasi) o a otras personas, v. gr. nanas. Lo mismo ocurre cuando se da a un niño en adopción o se confía –formal o materialmente– la custodia al otro padre.

Los hijos no están obligados a cuidar la vida de sus padres a no ser que, excepcionalmente, dependan de ellos[367] y haya una relación particularmente próxima[368] como la cohabitación, v. gr. el hijo se ausenta doce días de la casa en la que vivía con su madre de 80 años, no procurando para ella, que no podía valerse por sí misma, algún alimento o el cuidado de una tercera persona; o la esposa que teniendo el marido enfermo lo abandona durante seis días produciéndose la muerte de este[369]. Hay también un deber de asistencia que vincula a los abuelos con los nietos[370] y los nietos con los abuelos en la medida que exista una **relación de dependencia**[371].

Los **cónyuges** tienen el deber recíproco de protegerse de los peligros que haya sobre su vida o sobre su salud[372]. La posición de garantía

---

366 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/36, p. 312.

367 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 568, quien alude, por ejemplo a una enfermedad, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/45, p. 315; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 282, quienes aluden al desvalimiento del padre. Sin limitación alguna: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 294.

368 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 705; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 523, quien alude a una *especial relación de confianza*.

369 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 508.

370 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/39, p. 471.

371 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 705. Algunos prefieren hablar en este contexto de *absoluta dependencia personal*, vide MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/46, p. 315.

372 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 523; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280.

entre los cónyuges es menor que la que existe entre padres e hijos[373] y requiere la subsistencia de una relación concreta[374]. Es necesario que se acepte voluntariamente el auxilio prestado por el otro cónyuge[375]. Si hay negativa al auxilio o renuncia al mismo no subsiste la posición de garantía. De manera genérica se puede plantear la posición de garante en caso de los daños ocasionados por un cónyuge[376] (o conviviente), salvo los casos de la libre decisión de lesiones de bienes jurídicos propios, v. gr. muerte digna[377] o de efectiva separación[378].

Aquí también hay limitaciones y particularidades que deben distinguirse. Así, por ejemplo, la posición de garantía decae cuando hay una separación de hecho[379], cuando media divorcio, o cuando el deterioro de las relaciones entre ambos cónyuges es grave[380] y ha llegado hasta tal punto que ya no puede hablarse de relación especial de confianza[381].

No creemos que la posición de garante se extienda al parentesco por afinidad, a la relación de enamorados[382], a los esponsales (novios[383]), o la relación parental entre hermanos[384] salvo una clara **relación de dependencia**. Incluso, cabe negarla cuando solo hay una relación amorosa intensificada por la regular práctica de relaciones sexuales en un

---

373 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 705.

374 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569.

375 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 111.

376 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 294.

377 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/71, p. 252

378 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 294.

379 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/39, p. 470; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 758, num. 1956.

380 Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280.

381 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 112; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 758, num. 1956.

382 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 706.

383 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 471. En contra: WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/91, p. 259.

384 Sin embargo, lo afirma: WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 218; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 670.

domicilio, más aún si se trata de una relación particularmente corta[385]. La convivencia en un mismo techo, aunque no haya relaciones sexuales o la relación afectiva se encuentre distante, no aniquila en algunos casos la posición de garantía[386].

El matrimonio o la convivencia no generan obligaciones de vigilancia sobre el otro cónyuge o conviviente que llega al punto de imponer la obligación de evitar la comisión de delitos en agravio de terceros[387]. Por el contrario, solo da pie a deberes de protección y no de control[388].

No se debe supeditar esta fuente de garante –aunque puede ser un valioso indicador– al hecho que se comparta el mismo techo o que se haga vida en común, pues lo decisivo aquí es la confianza basada en el auxilio mutuo[389]. Lo importante no es el carácter legal - formal, sino que es necesario exigir que la relación familiar de protección exista realmente[390] y medie la confianza recíproca.

En caso de duda acerca de la presencia de la posición de garante debe aplicarse el **in dubio pro reo**[391].

Un sector calificado de la doctrina penal viene señalando insistemente que los deberes familiares –y en general los deberes institucionales– no son suficientes para configurar una responsabilidad por comisión por omisión o que suponga, sin más, la equivalencia

---

385 Ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 204.

386 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 706.

387 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/79, p. 256; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/40, p. 471; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 294; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *100 años de la Procuraduría General de la República*, México D.F., 2000, p. 117; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 520.

388 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/40, p. 472.

389 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/89, p. 259.

390 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 669.

391 Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/46, p. 315.

según el texto de la ley[392]. Así, por ejemplo, se señala que el no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, no constituye comisión por omisión[393], sino a la sumo omisión al socorro. En tal sentido, se acota que cuando la esposa no reacciona ante una repentina y grave enfermedad del marido, no se puede decir razonablemente que lo ha matado[394].

a.2. Estrechas relaciones comunitarias y comunidad de peligro

En el desarrollo de las posiciones de garantía esta fuente se desarrolló e impuso de manera tardía en el sistema de los delitos de omisión. Surgió como respuesta a las lagunas de punibilidad que emanaban de las disposiciones del derecho positivo[395]. Sin embargo, una vez aceptado concitó la atención de la doctrina y jurisprudencia comparada[396].

Esta posición de garantía descansa en las recíprocas relaciones de dependencia y confianza[397] mediante las cuales se asumen determinados riesgos –que por lo general son mayores que los previstos– o no se adoptan las medidas de seguridad adecuadas[398] que se confían justamente a un tercero. Su fundamento es la confianza recíproca de auxilio mutuo en diversas situaciones de comunidad o de riesgo[399]. No se trata de imponer deberes morales de lealtad o de establecer un código moral o social[400].

---

392 Ampliamente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 473, GRACIA MARTÍN, Luis, *Los delitos de comisión por omisión [Una* exposición crítica de la doctrina dominante], en *Modernas Tendencias en la Ciencia penal y en la Criminología*, p. 471.

393 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 433.

394 Cfr. GRACIA MARTÍN, "Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", cit., p. 471; GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 434.

395 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 299.

396 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/88, p. 258.

397 Por todos, DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 708.

398 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 472; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 708.

399 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/88, p. 258.

400 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 709.

Aquí se recogen casos como los que existen en una convivencia[401] análoga al matrimonio o relaciones de asistencia, v. gr. la comunidad de vida homosexual[402], exploraciones o expediciones[403], la admisión de persona necesitada de ayuda en la comunidad familiar[404], el guía de excursión de montaña que está obligado a dirigir y proteger a sus acompañantes[405]. Concurre también en el caso del dueño de casa respecto a los huéspedes que lo visitan en la medida que existan deberes de vigilancia y control como cuando, por ejemplo, hay en medio del patio un pozo abierto, un muro aparente, una instalación eléctrica sumamente defectuosa que representan *peligros graves*[406]. Ello, empero, no debe llevar a plantear que el dueño de casa se convierta en policía privado[407] o que tenga que responder por todos los hechos que se susciten en su vivienda.

Sin embargo, no se encuentran comprendidos supuestos en donde varios sujetos están bebiendo juntos[408], y en general los casos de cualquier comunidad de consumo[409], la mera relación amorosa libre[410], o el deber genérico de la comunidad de empresa y la evitación de daños patrimoniales[411]. Es sumamente discutible que haya, de modo general, posición de garantía sobre el caso de los empleados de servicio

---

401 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 266; MAQUEDA ABREU, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 832; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 759, num. 1957.

402 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/39, p. 471; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/91, p. 259; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 266.

403 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/92, p. 260.

404 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216.

405 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216.

406 Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/92, p. 260.

407 Loc. cit.

408 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216.

409 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/93, p. 260.

410 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 299.

411 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671.

doméstico[412], en el sentido de protección de su vida y salud. Lo correcto es plantear aquí únicamente deberes de solidaridad.

No es necesario que dichas relaciones se encuentren reconocidas por el ordenamiento jurídico, que sean instituciones positivas de la sociedad o que respeten la moral dominante o mayoritaria, v. gr. convivencia de hecho[413], pese a que uno de ellos es casado[414]. Lo importante es partir de criterios materiales que reconozcan la confianza recíproca.

El principio que rige en este ámbito es que allí donde surjan comunidades de riesgo o comunidades de vida todos los involucrados voluntariamente en dichos contextos tienen la obligación de evitar las lesiones a los bienes jurídicos personales de los demás[415].

La comunidad debe tener una indiscutible existencia. No basta su suposición por uno de los intervinientes, sus familiares o la posibilidad de que pueda deducirse a través de una proximidad personal o social[416].

En la comunidad de peligro no es necesario que los vínculos que unen a los participantes sean permanentes y duraderos. Puede tratarse de vínculos pasajeros y marcadamente transitorios[417]. Ello contrasta con la mayor exigencia de regularidad y permanencia de las estrechas relaciones familiares. Las personas que intervienen no necesitan explicitar su compromiso de ayuda recíproca. También en este ámbito es válido el compromiso tácito[418] o el que se realiza por actos concluyentes[419].

---

412 En contra: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/88, p. 259.

413 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 266; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280.

414 Un criterio distinto parece ser asumido por: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 759, num. 1957.

415 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/90, p. 259.

416 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 709.

417 En contra: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 300; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216.

418 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/48, p. 316; MAQUEDA ABREU, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 833; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/60, p. 384.

419 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 370.

Los que intervienen en la comunidad de peligro no tienen un deber ilimitado de socorro, sino que ello más bien depende de la clase y el tipo del riesgo típico inherente a la actividad de la que participan o del que se deriva directamente de ella. No hay un deber general de prevenir indiscriminadamente cualquier peligro. Cada uno de los intervinientes posee el deber de garante de todos los restantes que participan en la comunidad[420].

El mayor problema que presenta esta fuente de posición de garante es su tendencia cada vez más expansiva a diversas relaciones sociales y comunitarias cuya generación de deberes de auxilio recíproco se encuentra sumamente discutida y que está en el centro de la polémica[421]. Muchas veces *meros deberes de solidaridad* y de socorro se transforman peligrosamente en deberes de evitación de lesiones de bienes jurídicos.

No se presenta esta posición de garante en casos de comunidad **involuntaria** tal como ocurre con las víctimas de un terremoto[422], incendio[423], o cualquier desastre natural, los náufragos de un buque[424], los rehenes de terroristas o secuestradores o la convivencia impuesta, v. gr. una mujer que es obligada por su marido a recibir a la concubina de este en el hogar conyugal.

La autonomía de esta posición de garante se critica por que ella puede ser reconducida a las relaciones familiares u otras análogas, a la asunción voluntaria del riesgo[425] y eventualmente al criterio de la injerencia[426].

---

[420] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 708.

[421] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 299; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/88, p. 259.

[422] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/49, p. 316; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 112.

[423] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 764, num. 1971.

[424] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/92, p. 260; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 300; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 112.

[425] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/49, p. 316; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/38, p. 470.

[426] Vide STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/42, p. 472; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 708.

a.3. La asunción voluntaria del peligro

La asunción voluntaria y libre del peligro se lleva a cabo frente a la persona que padece el riesgo, titular del bien jurídico, y puede asumirse directamente de dicho titular o a través del garante originario[427].

El fundamento de esta posición de garante reside en que el afectado, confiando en la capacidad y disponibilidad del garante, se expone a riesgos o a un peligro mayor de lo que en otro caso se hubiera colocado, o renuncia a cualquier otra protección eficaz[428].

En los casos de asunción voluntaria bilateral un sector de la doctrina requiere que la transferencia de la posición de garantía provenga del garante originario (v. gr. del padre o la madre respecto al hijo menor de edad) o del propio titular del bien jurídico (anciano)[429]. La intervención altruista de un tercero no da lugar a la posición de garantía ya que no existe aquí la confianza recíproca, ni la renuncia a una medida de protecciói eficaz.

Debe distinguirse entre el deber de garante, propio de las relaciones jurídicas bilaterales, y el cumplimiento de los deberes contractuales vigentes[430]. La existencia del contrato no es siempre condición necesaria ni suficiente para fundar la posición de garantía[431]. El mero compromiso contractual o la sola obligación de realizar determinadas prestaciones no tiene la importancia ni el significado jurídico de la **efectiva y real asunción fáctica de la protección del**

---

[427] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671.

[428] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 216; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/50, p. 316; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 522; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 706; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/60, p. 384. En contra: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/24, p. 464; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 667.

[429] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 128.

[430] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/22, p. 463; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295.

[431] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/51, p. 316.

[432] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 567; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 127; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p.

bien jurídico[432]; que surge cuando la situación de peligro comienza y es el garante quien se encarga específicamente de su manejo y control.[433]. No basta la ostentación de un rol si es que no hay asunción efectiva de funciones[434] o una *conexión fáctica*[435]. Debe distinguirse entre la *perfección civil del contrato* y la asunción fáctica y real del compromiso de protección o control[436]. Por otro lado, hay situaciones de asunción voluntaria que en absoluto implican un convenio contractual, v. gr. el herido inconsciente que ingresa a una clínica para su atención[437].

Puede que se haya suscrito un contrato y una de las partes cumpla con alguna de las contraprestaciones (v. gr. pago de la primera remuneración o entrega de un adelanto) y aún así faltar la posición de garantía y, por ende, la responsabilidad penal. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el médico contratado no entra efectivamente a ejercer sus funciones –por los motivos que fuera– y el paciente encargado sufre un accidente, empeora su salud o sencillamente muere[438]. Lo mismo ocurre con el caso de la nana o la *baby sitte*r quien luego de ser contratada por la madre para cuidar a su hijo, antes de emprender un viaje, no se presenta a la hora indicada en la casa y la madre pese a todo realiza el viaje[439]. Aquí hay un contrato, pero falta la asunción real y efectiva de la posición de garantía. Todavía no existe contacto con la específica situación peligrosa[440]. Igual sucede cuando el garante renuncia a su tarea de

---

266; MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 445; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

433 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 567.

434 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 476.

435 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

436 Cfr. MANTOVANI, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", cit., p. 494.

437 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/52, p. 317; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 525.

438 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/24, p. 464; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/84, p. 258; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 567.

439 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 127. También: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 266.

440 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136.

protección, por ejemplo, en el caso del guía de montaña que se niega a seguir antes de alcanzar una zona de peligro máximo, advirtiéndole de este hecho al alpinista que lo contrató. Si el alpinista continúa y sufre un accidente o muere, el guía carece de responsabilidad penal[441].

No todo incumplimiento contractual genera de modo automático responsabilidad penal[442], como tampoco basta el incumplimiento de cualquier obligación legal, ni cualquier promesa unilateral[443].

Distinto es el caso del laboratorista o el enfermero que se compromete a concurrir a determinadas horas al domicilio del enfermo a fin de inyectarle los medicamentos que lo mantienen con vida para lo cual los familiares le hacen entrega de las llaves de la casa o del departamento[444].

No es necesario que el acuerdo o contrato que se suscribe cumpla con todas las formalidades o, incluso, que sea válido o despliegue eficacia jurídica[445]; o que estemos ante un contrato típico[446]. Lo decisivo aquí es la asunción material. En tal sentido, se señala que la posición de garante puede subsistir aun concluido el contrato[447]. No puede plantearse la dependencia y vinculación de los criterios de imputación pro-

---

441 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/84, p. 258; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295. En sentido semejante: PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 128; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 283; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

442 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/22, p. 463; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136.

443 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

444 Cfr. MANTOVANI, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", cit., p. 494.

445 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 567; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/52, p. 317; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/24, p. 464, MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 446; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 760, num. 1960; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

446 Cfr. MANTOVANI, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", cit., p. 491.

447 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 295.

pios del Derecho penal de las reglas inherentes al Derecho civil, en particular del Derecho de los contratos, debido a las peligrosas e imprevisibles consecuencias que tal situación generaría en los casos de nulidad, anulabilidad, conclusión de los contratos, etc.[448].

Pese a todo, se señala que la posición de garante no puede ir más allá de los límites de lo acordado y establecido en el contrato, asumiendo y controlando mayores riesgos que los asumidos como compromiso.

Los ejemplos más comunes de la asunción voluntaria de peligro son los casos del médico respecto a sus pacientes, la enfermera que cuida al paciente enfermo[449], la comadrona que atiende un parto, los escoltas, los guardaespaldas[450], el socorrista de una piscina[451], y, en general, los servicios de seguridad[452], la obligación de cuidado de niños, ancianos, la enseñanza de natación, la enseñanza de deportes de alto riesgo, o los deberes de protección al trabajador[453]. El médico no tiene la obligación de asumir un tratamiento, a menos que se encuentre prestando servicios de emergencias[454].

Uno de los aspectos más trascedentes y comunes es el caso de la relación **médico-paciente**.

---

[448] Por todos, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/82, p. 257.

[449] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/60, p. 384; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 161; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136, para quien media responsabilidad penal por comisión por omisión cuando la enfermera por mirar televisión no sumistra con la debida regularidad el medicamento necesario para el paciente luego del cual este fallece.

[450] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 114.

[451] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

[452] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/82, p. 257.

[453] Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113.

[454] Al respecto, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/84, p. 257; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, pp. 113 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 281. Niega expresamente en este caso la responsabilidad penal por comisión por omisión y considera solo la presencia de omisión de socorro: GRACIA MARTÍN, "Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", cit., 473.

En tal sentido, el tratamiento médico comienza y termina con el consentimiento del paciente, aun cuando la decisión acerca del comienzo o la continuación del tratamiento signifique la muerte por lo tardío. Como señala ESER: «La protección a la vida no puede llevar a una condena a la vida»[455]. El derecho constitucional a la vida no debe entenderse como un deber de vivir contra la propia voluntad[456], ni la ética del buen morir debe reemplazarse por un ética para la vida[457] (obligatoria). Jurídicamente, no existe el deber de curarse. Por el contrario, se reconoce el denominado derecho a abandonarse, de no curarse o de dejarse morir[458] que plasma el principio de la incoercibilidad de vivir[459], por el cual la persona puede rechazar los tratamientos médicos como expresión de no querer curarse o simplemente de querer morir. El paciente tiene el derecho a elegir entre las alternativas de tratamiento y a rechazar cualquier medida[460] que no le convenga o simplemente no le parezca.

El nacimiento de la posición de garantía o el acto de asunción debe determinar los términos del compromiso específico que el médico se obliga a cumplir con el paciente, que por lo general aparece cuando se asume personalmente y de manera efectiva el tratamiento[461]. El tratamiento debe abarcar por lo menos la información del bien jurídico cuya protección se asume, la enfermedad que se protege y ha de expresarse con toda claridad la terapia con la que se pretende combatir la enfermedad[462]. El desacuerdo del paciente

---

455 ESER, Albin, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», en *Derecho penal, medicina y genética*, Idemsa, Lima, 1998, p. 177.

456 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 437.

457 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 228.

458 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., pp. 77 y 94.

459 Cfr. MANTOVANI, Ferrando, «El problema jurídico de la eutanasia», en ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 88.

460 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. I, p. 241; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 114.

461 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113.

462 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 69.

acerca de la terapia que se piensa seguir rompe la relación de garantía[463]. El médico debe haberse obligado al inicio del tratamiento una vez que haya asumido el **compromiso específico**[464] con el paciente o sus familiares que puede llegar a iniciarse, incluso, a través de una llamada telefónica[465].

Por el contrario, no se cuenta como asunción voluntaria del peligro el caso de quien por razones humanitarias conduce hasta su casa a un conductor ebrio[466], luego del cual se produce su muerte.

No toda relación contractual genera de modo automático una posición de garantía. Es necesario que haya una relación contractual cuyo contenido esencial obliga a mantener a una de las partes una relación de confianza con específicos deberes de protección o custodia[467]. La protección del bien jurídico debe constituir la obligación principal, la razón decisiva o el núcleo del contrato. No bastan las meras obligaciones accesorias[468]. Los contratos absolutamente indeterminados como regla no dan lugar a una posición de garantía[469].

Asimismo, el deber de protección no es absoluto e ilimitado en el sentido que abarca todos los peligros. En realidad, cubre riesgos con-

---

463 Por todos SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 88.

464 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 47; BACIGALUPO, Enrique, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 110; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., pp. 69 y ss.

465 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 68: «Ello, siempre que en la misma comiencen a darse indicaciones relativas al tratamiento que impliquen un efectivo comienzo del mismo. O incluso si, sin darse indicaciones terapéuticas, se advierte un compromiso expreso o concluyente de inminente atención».

466 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 296; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/24, p. 464.

467 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/23, p. 463; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/52, p. 317.

468 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/23, p. 464.

469 Cfr. MANTOVANI, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", cit., p. 493.

cretos y determinados que tienen su origen en una determinada fuente tal como ocurre con el mar, la piscina[470], una enfermedad, etc.

Como se indicó la transmisión autorizada de deberes a un tercero exonera parcialmente al responsable primario[471]. Se habla aquí de delegación de competencias o funciones, distinguiendo entre garante primario y garante secundario o derivado[472].

b. El deber de controlar fuentes de peligro

Esta fuente de los deberes de garante es mucho más restringida en cuanto a su alcance que los deberes de protección del bien jurídico, pues mientras esta se dirige a la tutela del bien jurídico de un número determinado de peligros, en aquella la obligación de control recae en una determinada fuente de peligro[473].

La función de control de la fuente de peligro puede tener un origen diverso al ser creada por la fuerza de la naturaleza, de máquinas, animales o de la misma actividad humana[474].

b.1. La posición de garantía por la actuación de terceras personas

En la cercanía e inminencia del peligro puede producirse responsabilidad de garante por la actuación de terceras personas, sin que ello signifique necesariamente la asunción voluntaria de un deber o el actuar precedente[475].

---

[470] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113.

[471] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 566; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 706; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/22, p. 463; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 671; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 113.

[472] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 127; GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», cit., p. 116; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/72, p 388; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 668.

[473] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, p. 386.

[474] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136.

[475] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 676.

La sociedad, en base a las posiciones de autoridad que se configura en su interior, encomienda y confía para la buena marcha de las instituciones que el obligado controle los riesgos que tienen su origen en la persona que supervisa. En tal sentido, se hace garante al obligado de impedir el actuar ilícito de un tercero[476].

Como ejemplos usuales de esta clase de posición de garantía se cita el caso de la vigilancia que deben brindar los padres a sus hijos menores[477], en especial cuando se trata de menores irresponsables o enfermos mentales peligrosos[478], las personas encargadas de la educación de menores de edad que se encuentran bajo su supervisión tienen el deber de impedir que estos cometan delitos, siempre que ello, claro está, se realice dentro del ámbito de competencias[479] y de dominio. Lo mismo ocurre con los encargados de los hospitales psiquiátricos y los asilos de ancianos[480]; los maestros con sus alumnos; o el personal de un establecimiento penitenciario que debe cuidar que los internos de máxima peligrosidad no cometan delitos[481]. Estamos aquí ante situaciones de instrucción, cura y custodia.

Empero, hay una serie de casos sumamente discutibles y polémicos respecto a si son abrazados o no por esta posición de garantía tales como los que derivan de las relaciones de jerarquía al interior de la administración pública, dentro de la disciplina militar o dentro de la estructura de la empresa. Se trata de relaciones de *supra* e *infra* ordenación.

---

[476] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 570.

[477] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/19, p. 462; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 108.

[478] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/71, p. 321; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/68, p. 387.

[479] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 108; GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», cit., p. 116.

[480] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 670.

[481] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 715; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/72, p. 321, quien extiende el deber a los encargados de vigilar a un delincuente por razón de su especial peligrosidad.

La solución de estos supuestos problemáticos debe pasar por valorar positivamente la vigencia del principio de **autorresponsabilidad**[482] (como regla que rige las relaciones sociales) en el sentido que en un mundo de personas libres y con autonomía difícilmente es compatible con los postulados que inspiran un Estado de Derecho: la pretensión que se formule como criterio general, de la obligación de vigilancia y de control sobre las personas. Los ciudadanos no pueden ser considerados como fuente de peligro para los bienes jurídicos como si fueran meros procesos causales o, en un sentido naturalístico, a modo de una máquina o de un animal[483].

Por tanto, este deber de garantía solo debe tener vigencia en casos excepcionales y en situaciones muy concretas en donde hay un elevado peligro y la persona es un riesgo para los terceros y la comunidad. Un sector de la doctrina penal exige aquí: a) que el tercero (menor, enfermo mental) carezca del gobierno responsable de sus actos y; b) que por su incapacidad natural debe merecer el control y vigilancia de un garante[484].

En la administración pública, y en la estructura militar - policial o militar, solo hay deberes de vigilancia y de control en la medida que se conozca desde la perspectiva *ex ante* que determinadas personas son fuente indiscutible de riesgos para terceros o para la comunidad[485]. No hay posición de garantía en el caso de los esposos o los padres con los hijos mayores o emancipados[486].

---

[482] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 715; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 108.

[483] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 109.

[484] Por todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 570.

[485] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/19, p. 462; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/71, p. 321, quien señala que el deber de vigilancia debe abarcar la obligación de controlar una específica peligrosidad que encierra el vigilado.

[486] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 677; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 217; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 266.

Debe distinguirse los casos en los que el deber de vigilancia se dirige a velar por la indemnidad del **bien supervisado** de aquellos supuestos en los que la obligación recae en supervisar que el peligro no recaiga ni se realice en terceros[487]. Si solo existe el deber de protección del bien vigilado no se puede extender el deber de garante para la protección de bienes o los peligros que se cierne sobre terceros.

Uno de los problemas más interesantes que se plantea en este ámbito es la calificación y el tratamiento que debe recibir el garante o el encargado de supervisar o vigilar a las terceras personas. Mientras algunos se inclinan por el castigo a título de autor, un sector calificado de la doctrina penal postula su punición como cómplice primario (cooperador necesario) por comisión por omisión[488]. Creemos que la calificación, ya sea a título de autor o a título de cómplice, depende de las circunstancias del caso concreto y en particular, por ejemplo, del grado de peligro que tenga para los bienes jurídicos de terceros la persona vigilada y la magnitud de su incapacidad.

b.2. La posición de garantía por dominio material

Esta posición de garantía se conoce también como una posición de garante en la modalidad de obligación de control de fuentes de peligro que operan en **el ámbito de dominio**[489] o porque tienen una **posición o situación de monopolio**[490].

Quien posee en el ámbito de su dominio una fuente de peligro para bienes jurídicos, ya sea que provenga de instalaciones,

---

[487] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/19, p. 462.

[488] Así, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/73, p. 322, al entender que la pertenencia al hecho corresponde solo al sometido a vigilancia, que no puede considerarse utilizado como instrumento por la sola omisión del titular de la vigilancia. Con restricciones: MANTOVANI, "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", cit., p. 489.

[489] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326.

[490] Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, trad. Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, Nº 1020, p. 302; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 714.

zonas, máquinas, animales o por desarrollo de una determinada actividad, es responsable de garantizar que el peligro no se realice en el resultado, v. gr. fábrica de municiones, viviendas ruinosas, construcciones[491], etc. Aquí se comprende la actividad de los empresarios, industriales, comerciantes o los poseedores de establecimientos que deben mantener las condiciones adecuadas de seguridad para salvaguardar a los trabajadores o al público en general[492]. El empresario, el industrial o el comerciante poseen una posición de dominio fáctico absoluto de la fuente de peligro. La regla que se construye es la siguiente: el propietario o el poseedor de cosas, establecimientos, máquinas o productos está en la obligación de controlar los peligros que de ella emanen y debe evitar los daños a los bienes jurídicos de terceros. Se habla aquí de una **responsabilidad por el estado de cosas[493], de responsabilidad por la situación[494], de deberes de aseguramientro[495] o de un poder de decisión y de organización[496].**

El fundamento material de esta posición de garantía es que la comunidad puede confiar en quien ejerce el poder de disposición sobre un ámbito de dominio o sobre un contexto determinado que se encuentra accesible a otras personas, que debe dominar y controlar los riesgos que pueden resultar para estos[497], siempre que se trate de riesgos inherentes al concreto ejercicio de la actividad[498].

Dicho deber de control no debe necesariamente provenir del hecho que el sujeto vigile los riesgos creados por él, en el que aparece

---

491 Vide RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 281; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 667.

492 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 711; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 759, num. 1959.

493 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/44, p. 473.

494 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 297.

495 Vide VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666.

496 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/66, p 386.

497 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 711.

498 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 40/67, p 387.

como el principal beneficiado de su explotación, de las instalaciones o zonas que le pertenecen por ser su propietario.

Quien ejerce el dominio de un sector o ámbito determinado debe preocuparse de conjurar el peligro que se genere, ya sea hacia fuera de dicho contexto o hacia adentro, minimizando los peligros en particular cuando terceros intervienen o penetran su contexto de dominio, v. gr. caída de puente, desmoronamiento de casa, etc. Sin embargo, su ámbito de cobertura cuenta con límites necesarios que derivan en algunos casos del mismo principio de autoresponsabilidad. Así, por ejemplo, cuando el responsable de una construcción (v. gr., casa, avenida, reservorio, alcantarillado, etc.) cumple con colocar un letrero o determinadas barreras con el fin de neutralizar cualquier peligro para terceros, no debe ser hecho responsable de la muerte o de las lesiones si alguien ingresa subrepticiamente al área construida[499].

La posición de dominio material puede recaer en una o en varias personas[500]. En ese último caso estamos ante una pluralidad de sujetos titulares de la posición de garante. La posición de garante por dominio material no implica que se vigile solo al principio y por un momento el foco de riesgo, sino más bien que se realice la supervisión mientras dure o permanezca la situación peligrosa[501].

Los funcionarios (o los empresarios), según los casos, deben responder en los casos que se omiten las medidas excluyentes o delimitadoras de la situación de peligro[502].

Se discute intensamente si el titular de la empresa tiene un deber de actuar (posición de garantía) frente a los actos delictivos de los directores o empleados de la empresa, sobre todo en los casos en donde no lo ha promovido activamente ni ha fomentado dichos delitos. Cree-

---

[499] Por todos, DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 712.

[500] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 714.

[501] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», cit., p. 130.

[502] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/70, p. 252.

mos que al ser el titular de la empresa el garante originario de los riesgos que crea la unidad económica, debe responder en la medida que los delitos cometidos por los directores y empleados se encuentren directamente conectados con los riesgos propios de la empresa[503], con su actividad; o también por no haber organizado de manera adecuada los mecanismos de control y supervisión dentro de la empresa.

Un sector de la doctrina señala que debe comprobarse si el delito puede impedirse mediante un acto de autoridad del titular de la empresa[504].

Sin embargo, el titular de la empresa no responde, aun cuando no haga nada, por la no evitación de delitos cometidos por sus subordinados tales como hurtos, cohechos competencia desleal[505], etc; mientras no tenga ninguna relación con el peligro cuyo control se le encomienda, como tampoco responde por los delitos que puedan cometerse por quienes concurren a su establecimiento abierto al público[506].

Lo mismo ocurre con el caso de la responsabilidad por el producto en donde el titular de la empresa o los directores de la misma son los únicos que conocen o se les informa sobre los peligros; por lo que deben actuar retirando el producto[507] o, por los menos, deben advertir las

---

503 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 715 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», cit., p. 129, quien señala: «El dueño del negocio solo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos»; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 765, num. 1972.

504 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/46, p. 474.

505 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», cit., p. 116. De modo distinto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 765, num. 1972.

506 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 520.

507 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/49, p. 475; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, ARA, Lima, 2003, p. 419; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 763, num. 1968. Considera solo la presencia de omisión de socorro y no comisión por omisión, salvo que se trate de una relación normativamente idéntica: IÑIGO CARROZA, María Elena, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 285.

consecuencias indirectas o accesorias perjudiciales a la salud de los potenciales consumidores[508], v. gr., medicamentos, alimentos, productos tóxicos, automóviles, productos de belleza. Al productor le compete controlar su propia esfera de organización, dentro de la que se incluye la comercialización de sus productos, de tal modo que se evite riesgos para bienes jurídicos de terceros[509]. Se considera que si bien el productor no puede tener necesariamente el dominio del hecho, sí posee cierta influencia sobre los bienes que produce y distribuye.

El productor no responde por todos los riesgos derivados por los bienes que ingresan al mercado, como cuando los productos llegan al consumidor y sufren un deterioro normal: caducan[510].

La responsabilidad penal por el producto a título de omisión no permite realizar aseveraciones generales. Así, por ejemplo, debe distinguirse entre las diversas clases de productos como el caso de los automóviles en donde el fabricante adquiere obligaciones de control de posventa; mientras que en el caso de productos cosméticos enlatados o herramientas no es posible sostener que el fabricante asuma posteriores deberes de control de posventa del producto[511].

También cae dentro de este ámbito los deberes por asunción de puestos funcionales aceptados libre y voluntariamente dentro de la **Administración Pública**; por el cual el funcionario se compromete a cumplir con los deberes propios de la función limitando o controlando determinados riesgos que son aptos para causar daños a terceros.

En estos casos no se requiere –aunque puede concurrir– la asunción voluntaria ni que haya un comportamiento precedente infractor

---

[508] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 713; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 110.

[509] Cfr. IÑIGO CARROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., p. 278.

[510] Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 420.

[511] Vide IÑIGO CARROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., p. 282.

por parte del funcionario[512], v. gr., la inminente inundación que se reporta requiere la atención urgente y la disposición de los mecanismos idóneos para contener el riesgo o para disminuir sus efectos perjudiciales por parte del funcionario competente[513].

El hecho de que una persona no haya creado personal y directamente un riesgo, no es obstáculo para que se pueda fundar su posición de garantía, ya que también hay omisión impropia cuando el sujeto asume el compromiso de mantener estable una fuente de peligro o de controlar un foco de peligro no creada por él. Existe un acto de incorporación de dicha situación a su ámbito de dominio personal[514].

Aquí se cumplen con los requisitos de que los obligados son responsables, ya sea por el bien jurídico protegido o por la persona, cosa o contexto situacional en el que surge el peligro[515]. Hay un aumento del riesgo y una relación de dependencia del bien jurídico respecto al causante[516]. Sin embargo, debe distinguirse los casos, por ejemplo, en los que un funcionario de manera privada toma conocimiento de que determinadas personas preparan cometer un delito de aquellos en los que se producen por el ejercicio de la función. En la primera hipótesis no se puede fundar responsabilidad ni por omisión de denuncia ni por complicidad en el delito que se comete[517].

En èl Derecho comparado, en concreto en Alemania, se citan como ejemplos de omisión impropia aquellos casos en los que la entidad o persona obligada a la construcción de carreteras es garante de los bienes jurídicos que puedan resultar dañados por efecto de **las insuficientes condiciones de seguridad** en tales carreteras; o el caso de quien circula

---

512 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 675.

513 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 136.

514 Cfr. MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 445, quien coloca el ejemplo del encargado de controlar el nivel de radiación del reactor nuclear, que si bien no ha creado dicho riesgo, sí lo ha asumido al ámbito de su dominio personal.

515 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 995, p. 294.

516 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319.

517 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/672, p. 252.

en el tráfico público es garante de los bienes jurídicos de los transeúntes[518]. Estos deberes tienen un origen legal que imponen una custodia de las fuentes de peligro y los deberes civiles de seguridad en el tráfico[519].

Según un sector de la dogmática penal los deberes estatales originan responsabilidades institucionales. Dichos deberes principales son: a) la previsión social; b) seguridad interior o exterior; c) principios básicos del Estado de Derecho.

En el campo que nos interesa el Estado en la previsión social no está obligado –ni es responsable– por la prestación de toda actividad asistencial. Únicamente tiene la obligación de proteger o neutralizar peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento o la protección individual[520]. El Estado tiene obligación de proteger a los ciudadanos de catástrofes naturales, grandes incendios, peligros masivos, graves accidentes o enfermedades peligrosas. Los peligros que amenazan de escasa importancia no se incluyen aquí. Bastan las medidas de protección individuales[521].

Asimismo, se destaca el hecho que la posición de garantía de los funcionarios públicos no debe extenderse en exceso y de modo ilimitado como si tuviera una posición de garantía dirigida a proteger *todos* los bienes jurídicos de *todos* los ciudadanos[522]. La regla en este ámbito debe ser –si se opta por un criterio restrictivo– que el funcionario solo responde por incumplimiento de deberes funcionales.

b.3. La posición de garantía por conducta precedente o injerencia

Su aparición en la escena dogmática de los delitos de omisión se remonta al siglo XIX. En un inicio se utilizó para cubrir los vacíos de punibilidad dejados por las otras posiciones de garante: la ley y el contrato[523].

---

[518] Ibídem, p. 255; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 675.

[519] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 1019, p. 302.

[520] Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, 29/77C, p. 1007.

[521] Ibídem, p. 1008.

[522] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571.

[523] Vide STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/26, p. 465, quien alude que esta fuente de garantía sirvió como «tapahuecos».

Este deber de garantía reposa en la prohibición de lesionar a otro (*neminem laede*) y la responsabilidad por la organización autónoma y libre que posee todo ser humano[524].

La regla que se formula es la siguiente: quien provoca un riesgo de que otro sea dañado debe encargarse de que dicho riesgo no se materialice en el resultado típico[525]. Toda persona debe ser garante de los bienes jurídicos amenazados por una fuente de peligro creada por el[526]. No basta que haya una relación de causalidad o un peligro a secas[527]. Ni la causación ni el riesgo bastan por sí solos para fundamentar esta posición de garantía. Es necesario que se cumplan con determinados requisitos para que la injerencia satisfaga los postulados de la responsabilidad en un Estado de Derecho[528]:

En primer lugar, el actuar precedente debe haber creado el peligro adecuado para la producción del daño[529]. La mera causación del peligro no fundamenta por sí solo la posición de garante[530]. El actuar precedente puede crear un nuevo peligro que intensifica el ya existente; puede significar la sustitución del riesgo o la modificación esencial del mismo. Se excluyen en este ámbito los riesgos irregulares, inidóneos,

---

524 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/95, p. 261; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/27, p. 465; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 519; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

525 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/26, p. 465; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 296; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 710; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/55, p. 317; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 380; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

526 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/96, p. 261.

527 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 710; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 762, num. 1966.

528 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 110.

529 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673; MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 447, alude a una «*ocasión de riesgo*»; MAQUEDA ABREU, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 835; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666.

530 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 297.

inadecuados o la creación fortuita de riesgos[531]. Debe de tratarse de peligros previsibles[532]. Se deben tener en cuenta, desde una perspectiva *ex ante*, los riesgos que derivan de la conducta (precedente) de forma regular u ordinaria. No entran aquí los riesgos imprevisibles o extraordinarios. El comportamiento debe aparecer en un momento o etapa previa a la lesión del bien jurídico[533].

En segundo lugar, la actuación previa debe haber sido contraria al deber[534], o ejecutada antijurídicamente[535], en el sentido de crear un riesgo desaprobado o riesgo típicamente relevante desde el punto de vista objetivo; al margen de la culpabilidad o no del sujeto[536]. Debe haberse superado el riesgo permitido[537]. Resulta injusto que a quien produce un peligro sin infracción a la norma de cuidado se le deba imputar la lesión dolosa si es que no impide su producción[538].

En tercer lugar, la infracción del deber objetivo debe incidir en el ámbito concreto de protección de la norma[539] y debe ser imputable con-

---

531 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/66, p. 320; MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 448; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 264; MAQUEDA ABREU, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 836; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

532 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/28, p. 466.

533 Cfr. MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 447.

534 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/30, p. 466; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 297; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 217; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 762, num. 1966. En contra: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 419; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 520, considera que el comportamiento precedente debe ser lícito: MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 448, o que se trate de una *conducta adecuada a derecho*: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665.

535 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/99, p. 262; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 264.

536 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673.

537 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 710; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666. Lo considera discutible: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 110.

538 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/59, p. 318.

539 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 710; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

cretamente al sujeto, dado que si este se ha mantenido ajeno a la creación del riesgo, no le asistirá ningún deber de controlar riesgo alguno[540]. Por tanto, los riesgos que no se encuentran dentro del ámbito de tutela de la norma de cuidado, del alcance del tipo o sencillamente si no se trata de riesgos prohibidos, no puede aplicarse el criterio de la injerencia. Lo mismo ocurre si el riesgo que se realiza es uno distinto al creado previamente[541].

Se encuentra también dentro de la ingerencia el caso de quien impide una maniobra de protección del bien jurídico, quien destruye el mecanismo que neutralizaba el peligro o quien sustituye un riesgo por otro[542].

No obstante, el actuar precedente no obliga a la protección de los bienes jurídicos amenazados frente a *toda* clase de peligros[543]. En realidad, la injerencia solo interviene como obligación de neutralizar el peligro concreto y específico creado por la conducta previa.

Si el expendio de bebidas alcohólicas, por regla, se encuentra dentro del riesgo permitido, no puede surgir un deber de quien las vende de impedir actos delictivos por parte de los consumidores o que un conductor ebrio no prosiga su marcha[544]. La lesión del agresor en la legítima defensa no convierte a quien repele el ataque en garante[545]. Se afirma que si es lícito irrogar la lesión también lo será el ocasionar el

---

[540] Cfr. MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 447; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

[541] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/97, p. 261; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 664.

[542] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674.

[543] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/97, p. 261.

[544] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 763, num. 1969. Con distinciones: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/36, p. 469. De modo distinto: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/64, p. 319.

[545] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 296; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/31, p. 467; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 217; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/63, p. 319; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 287; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte*

peligro que deriva de ella[546]. Solo concurre un deber de socorro[547]. Quien se comporta conforme a derecho y respeta las normas de cuidado en la conducción de un automotor, no tiene ningún deber frente a la víctima culpable de su propio accidente[548]. Sin embargo, si el automovilista causa el accidente infringiendo las normas de cuidado, responderá según el caso por lesiones dolosas u homicidio doloso, en grado de consumación o tentativa[549].

Ocurre lo mismo con el padre o la madre que busca antes del parto un lugar solitario con el fin de que, llegado el nacimiento, el niño muera. Aquí se bloquean las instancias médicas o de salud de protección adecuada[550]. O cuando se carga en un vehículo una pieza cilíndrica de gran peso que no ha sido asegurada de manera adecuada, situación que hace que dicha pieza se deslice abruptamente y mate a un transeúnte.

---

general, cit., p. 521, aunque con matices al señalar que el agresor solo tiene que soportar lo que es necesario para la defensa, lo que vaya más allá no está justificado, también así: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 761, num. 1964; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665.

En contra: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/100, p. 263.

[546] Por todos, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/31, p. 466.

[547] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 135; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665, quien recomienda de lege ferenda establecer una omisión de gravedad intermedia a modo de agravante del delito de omisión de socorro. En contra expresamente: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 761, num. 1964.

[548] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 217; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/32, p. 467; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 297; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/60, p. 318; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 761, num. 1964. En contra: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/102, p. 263.

[549] Vide STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/32, p. 467; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/56, p. 318; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 282; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 265; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 663. En contra: MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 454, quien plantea un concurso ideal entre lesiones imprudentes activas (artículo 124º), omisión del socorro (artículo 126º) y homicidio en la modalidad de no evitación del resultado por el garante (artículo 13º y 106º del CP). GRACIA MARTÍN ("Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", cit., p. 473) solo estima la concurrencia de una omisión de socorro agravada.

[550] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 674.

En cambio, no se encuentra en posición de garantía el autor de un delito de violación que provoca un colapso o un infarto en la víctima. No hay aquí un deber de salvarle la vida[551]. Lo mismo ocurre con el consumo compartido y responsable de heroína, o de cualquier otra droga, incluido el alcohol.

En la doctrina se discuten un grupo numeroso de casos. Uno de ellos es el de aquel que interviene en la provocación de lesiones al agraviado respecto a si se hace responsable por su muerte, por ejemplo, si fallece por falta de atención médica oportuna. Se habla aquí de una posición de garantía de la vida del lesionado[552].

También se plantea como supuesto válido de injerencia el caso de la omisión precedente que se presenta cuando el sujeto realiza un comportamiento pasivo (omisión) imprudente y luego omite cumplir con su deber de amparo y auxilio[553], v. gr. el encargado de un establecimiento o de una casa que omite informar a sus clientes o a sus invitados de los peligros que operan en la propiedad.

La posición de garantía por injerencia desencadena una serie de inconvenientes tanto teóricos como prácticos que, incluso, se llega a considerar como problema insoluble[554]. Algunos autores estiman que los supuestos relevantes de ingerencia pueden ser reconducidos a la asunción voluntaria o integración del riesgo en la propia esfera de organización[555]. Si el sujeto no ha asumido voluntariamente la integración del riesgo, aun cuando se trate de una conducta precedente, no puede hablarse de comisión por omisión[556].

La conducta precedente que crea el riesgo puede consistir en una conducta dolosa o en una conducta imprudente. Un sector calificado

---

551 En contra, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 46/100, p. 263.

552 En sentido afirmativo: ibidem, 46/106, p. 265.

553 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 666.

554 Así: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 298.

555 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *en Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 480.

556 *Loc. cit.*

de la doctrina penal plantea que la conducta precedente culposa es de menor gravedad que la dolosa de alli que debe recibir una pena de gravedad intermedia: no tan grave como la del delito de acción y más grave que la omisión pura[557] y que solo debe ser subsumido dentro de los alcances de la comisión por omisión el actuar precedente que implique un acto de organización voluntario o intencional[558].

6. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia)

La punibilidad de los casos de omisión impropia debe limitarse a aquellos supuestos en los que la equiparación de la omisión con el comportamiento activo se imponga irremediablemente[559], dado que se trata de una conducta subsumible dentro de los tipos de acción de la parte especial[560]. Se señala que no es necesario acudir a una fórmula de la parte general[561] (v. gr. artículo 13°), sino al sentido *normativo-social* y a la interpretación de los tipos penales concretos[562]. La equivalencia o correspondencia se basa en criterios axiológico - normativos[563] y no en criterios ontológicos. A lo largo de la historia no se ha dudado de la existencia de omisiones equivalentes en cuanto a merecimiento de pena, por ejemplo, al homicidio activo u otros delitos semejantes[564].

Algunos autores hablan de que la identidad entre acción y omisión debe llevarse a cabo en el plano normativo de las estructuras ma-

---

557 Ampliamente: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/65, p. 320.

558 Por todos, SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 479.

559 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/13, p. 459.

560 Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, T. I, p. 522 y 527; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 391, 392 y 394.

561 Lo considera necesario en base a las exigencias del principio de legalidad y de seguridad jurídica: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, p. 261.

562 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 366; MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 441.

563 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 373; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673.

564 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 360.

teriales de imputación[565] y que no es suficiente una mera correspondencia o equivalencia aproximada, sino que se precisa una auténtica igualdad en el plano normativo[566]. En la medida que en la comisión activa lo decisivo es la organización del riesgo no permitido que invade y penetra la esfera ajena, la comisión por omisión comparte la misma configuración normativa, más allá de las diferencias naturalísticas que puedan haber. Se propone como criterio rector: el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos para bienes jurídicos determinados como fundamento de la identidad material de la omisión con la comisión activa en el plano de las estructuras normativas de imputación[567].

Un sector calificado de la doctrina penal viene a reconocer y distinguir lo que se denomina tipos de comisión por omisión *implícita*. Según GRACIA MARTÍN: «La característica que diferencia a estos delitos –meramente formal– es que la ley no describe directa y expresamente las omisiones típicas, por lo que, de haber algunas, estas deben ser sacadas a la luz del ámbito de lo implícito en la ley y, por ello, hay que denominarlos delitos de comisión por omisión implícita[568]».

En este ámbito se produce una drástica reducción de los delitos de comisión por omisión[569], estableciéndose que solo puede dar lugar a casos de omisión propia los supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de peligro, produciéndose el resultado por una

---

565 Vide VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 673. En contra expresamente de la identidad estructural: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. III, pp. 265 y 269.

566 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 369.

567 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 371; IÑIGO CARROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., p. 276.

568 GRACIA MARTÍN, "Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", cit., pp. 425, 426 y 449: «[H]ay que partir de que, dado que dichas omisiones implícitas en el tipo están sujetas al *mismo* marco punitivo de las acciones explícitamente descritas por el mismo, el criterio de la tipicidad de la [comisión por] omisión, y por tanto el de la proporcionalidad del tratamiento punitivo, deberá ser uno que permita verificar que en la omisión concurre el mismo e idéntico fundamento de punibilidad que en la acción».

569 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 369.

amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible. Si nadie se encontraba previamente encargado de vigilar una fuente de peligro, no puede haber responsabilidad por comisión por omisión[570]. En cambio, si el que omite es competente para preservar la integridad de un bien jurídico absolutamente determinado que se ha trasformado en un foco de peligro (niños, adultos desamparados), responderán por comisión por omisión[571].

La equivalencia de la omisión según el sentido del texto de la ley sirve para excluir los casos en los que pese a la concurrencia del primer presupuesto de la responsabilidad en comisión por omisión, como es la posición de garantía, no se cumple con el requisito legal de la «*correspondencia a la realización del tipo penal mediante un hacer*»[572]. Ello demuestra que la posición de garantía si bien puede ser considerado como un requisito necesario de la comisión por omisión, no es suficiente para su correcta determinación[573]. En tal sentido, se descarta la aplicación mecánica y automática de los deberes legales, de las obligaciones contractuales o del actuar precedente peligroso como única base de la responsabilidad penal en la comisión por omisión. Así, por ejemplo, se sostiene que quien omite avisar a un médico para ayudar a su pareja que sufre una enfermedad súbita (apoplejía o infarto) no responderá por comisión por omisión de homicidio o lesiones, pese a que concurra la comunidad de vida[574].

La postura que abona la equivalencia según el texto de la ley, opera a través de la trasposición de los criterios de imputación del delito de comisión activa a la comisión por omisión, llegándose entender a esta como un caso de defectuosa organización de la propia esfera

---

[570] Ampliamente: GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, pp. 433 y 437.

[571] Ibídem, p. 437.

[572] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, p. 472.

[573] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/36, p. 312; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 369: «La identidad estructural no prescinde de la teoría de garante. Al contrario, puede perfectamente construirse sobre la base de la configuración material o funcional».

[574] Así expresamente: GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., T. I, p. 438.

jurídica que una vez que se produce la incorporación del control de riesgos determina la realización del riesgo en el resultado[575].

En el caso del homicidio el significado del verbo matar determina que el delito no solo pueda ser cometido activamente, sino también omisivamente. La propia configuración del injusto del homicidio permite que sea cometido a través de la comisión por omisión[576]. Al respecto se citan como casos ejemplificativos de comisión por omisión a la madre que deja morir a su hijo recién nacido por inanición[577], o la que no ligó el cordón umbilical al recién nacido que murió desangrado, el socorrista de la playa o de una piscina que no se zambulló para ayudar al bañista que se ahogó pese a oir reiteradas veces voces de auxilio, la enfermera que no da la medicación al enfermo que muere como consecuencia de ello[578], el profesor de natación que dejó en su primer día de clase que su alumno se ahogara, el guía de un ciego que no impidió que avanzara y que cayera en un precipicio, el que dejó morir de hambre al que antes había secuestrado[579], entre otros supuestos[580].

En los casos en donde la identidad estructural falta o es dudosa debe rechazarse la comisión por omisión[581].

VII. ANTIJURIDICIDAD

Diversas son las hipótesis normativas y sociales creadoras de las causas de justificación que pueden ser aplicadas al delito de homici-

---

575 Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 765, num. 1973.

576 Cfr. MEINI MÉNDEZ, «Delitos omisivos de resultado», cit., p. 440.

577 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 360; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275.

578 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 373.

579 Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275.

580 Ampliamente: GRACIA MARTÍN, "Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]", cit., p. 425, aunque de manera restrictiva excluye la comisión por omisión en algunos supuestos enunciados.

581 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 370.

dio, convirtiendo a una conducta de matar en lícita a pesar de la tipicidad al concurrir una autorización (o tipo permisivo) o ya por volver al acto de matar como atípico o irrelevante para el Derecho, criterio último al que se arriba si se sustenta la teoría de los elementos negativos del tipo.

Por la importancia que ejercen las causas de justificación en el homicidio abordaremos, a continuación de modo sucinto, el análisis del supuesto permisivo más común como es la legítima defensa.

1. La legítima defensa

Sus requisitos se encuentran regulados en el artículos 20° inciso 3 y son:

a. Agresión ilegítima

a.1. La agresión

La agresión es la lesión o la puesta en peligro que tiene su origen en la conducta humana y que afecta un bien jurídico del autor o de un tercero[582].

Agresión solo es la **conducta humana voluntaria**[583]. Los objetos sin vida no pueden agredir[584]. No hay legítima defensa ante ata-

---

[582] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 214; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 361 y ss., ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 611; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/59, p. 229; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/3, p. 458, quien define a la agresión como: «*la lesión, que amenaza producirse, de bienes jurídicamente protegidos*»; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 122; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 94; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 385; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 589; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 212; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 537; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 2, Lima, 2001, p. 650.

[583] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/6, p. 611; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/59, p. 229; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 385; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 589; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/49, p. 425; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte*

ques de *animales*[585] ya que ellos no pueden actuar ni lícita ni ilícitamente, salvo que estos sean azuzados o sean utilizados para la agresión por sus dueños[586], v. gr. arrojar un perro con fin de ataque. En este último caso nos enfrentamos a un estado de necesidad. Tampoco hay legítima defensa cuando la supuesta agresión proviene de personas jurídicas, en la medida que ellas carecen de la capacidad de actuación en el sentido del Derecho penal[587], independientemente de si se trata de una persona jurídica de derecho público o privado, una asociación de hecho o el mismo Estado. Lo mismo ocurre en los supuestos en los que se echa de menos un comportamiento humano voluntario, v. gr. fuerza física, sonambulismo, convulsión epiléptica, sueño, desmayo[588], etc.

---

general, cit., T. II, p. 214; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 253; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 363, quien precisa la idea de *cualidad de acción*; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 122; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/8, p. 440, quien remarca la necesidad de «amenaza humana»; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 94.

584 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/8, p. 440.

585 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 214; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 807; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 385; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 652.

586 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 215; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/6, p. 611; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/8, p. 441; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 385; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 807; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 592; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367.

587 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 807; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 611, quien, sin embargo, admite la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica. También: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367.

588 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/8, p. 612; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 589; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/49, p.425; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 214; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 807; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 385; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 652. De modo distinto: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 123.

La agresión bien puede provenir de una acción como de una omisión[589] (comisión por omisión)[590], aun cuando, generalmente la legítima defensa de una agresión omisiva opere en protección de terceros. Un ejemplo de agresión omisiva es el permanecer sin autorización en el domicilio ajeno[591]; asimismo si una madre no da de comer a su hijo por un tiempo prolongado obrará en legítima defensa quien la obligue a alimentarlo mediante violencia o grave amenaza. El término agresión se debe entender no en sentido natural, sino **normativo-social**.

A nuestro entender la agresión ilegítima puede ser dolosa o puede fundarse también en la simple infracción del deber objetivo de cuidado[592], pues la ley no exige una forma de ilícito especial o calificado.

---

[589] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/21, p. 467; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 386; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/61, p. 229; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 215; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/9, p. 441; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 94; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 363, quien reclama que el deber de intervenir se encuentre penal o administrativamente sancionado; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/11, p. 613: «Solo quien tenga que responder de la evitación del resultado puede agredir, puesto que a él se le imputa el resultado, al correspondiente bien jurídico»; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 253; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 810; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 367; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 525, num. 1367; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538. En contra, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 212, quien no acepta la posibilidad de legítima defensa en la omisión.

[590] Consideran que solo la comisión por omisión puede fundar una legítima defensa y no una omisión propia: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 122; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/13, p. 614; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/61, p. 229; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 590.

[591] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/9, p. 441.

[592] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/10, p. 612; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/8, p. 441; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/69, p. 232; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 123; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 808; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/49, p. 425; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 539; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 653. En contra, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1952, T. IV, p. 178; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 213; POMARES CINTAS, Esther, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 568; ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1982, T. IV, p. 597.

No es necesario ni el dolo directo ni el dolo eventual[593]. Por tanto, es indiferente que la agresión sea dolosa o culposa[594]. No constituye agresión la producida como consecuencia de un caso fortuito[595].

No hay agresión ilegítima en los casos de tentativa inidónea[596] o tentativa irreal. Así, por ejemplo, quien conoce que la pistola del agresor no está cargada no puede matarlo de un disparo. Sin embargo, debe diferenciarse escrupulosamente los supuestos en los que, por ejemplo, desde una perspectiva *ex ante* un observador objetivo no puede advertir que el peligro que se cierne sobre sus bienes o los de un tercero es inexistente o mínimo; de tal modo que para él hay un peligro inminente, v. gr. robo o secuestro con revólver descargado[597]. Aquí habrá la acción legítima defensa[598].

a.2. La ilegitimidad de la agresión

La ilegitimidad o la antijuridicidad de la agresión se determina por cualquier sector del ordenamiento jurídico, v. gr. civil, administrativo, constitucional[599], etc. La agresión debe infringir normas jurídicas generales y no meros actos jurídicos de naturaleza privada como, por ejemplo, un contrato entre las partes[600].

---

593 Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 94. Exigen, por su parte, que la conducta agresiva sea dolosa: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 589, 590 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 367.

594 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 363; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/10, p. 612.

595 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/50, p.426.

596 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/18, p. 445; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/9, p. 612; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 590; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/48, p.425; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 232; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 569; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 539; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 652.

597 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., pp. 535 y ss., num. 1392.

598 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/45, p. 631, quien extiende la calificación al caso de los errores invencibles, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/56, p. 462; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/48, p.425.

599 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 123 CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 216; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 254.

600 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/70, p. 233.

La ilegitimidad debe entenderse como si la misma fuera objetivamente **antijurídica**[601] **o ilícita**[602]. El comportamiento por más peligroso y lesivo que fuera para los bienes jurídicos, no fundamenta la legítima defensa si es que no es antijurídico[603].

La defensa no procede como regla en los casos de **riña recíprocamente aceptada**. En dichos supuestos los contendientes consienten los posibles daños a su salud y se atacan mutuamente; de tal forma que no hay legítima defensa en el caso del que está llevando la peor parte y toma un cuchillo y mata al contendor más fuerte o más hábil[604]. La exclusión de la legítima defensa en la riña cesa cuando uno de los participantes manifiesta en forma reconocible su voluntad de concluir la lucha[605] y es atacado por el otro, la persona interviene para separar[606], o cuando uno de los participantes se ha visto envuelto en ella en contra de su voluntad[607]. Es discutible cómo debe resolverse el caso del contendiente que se limita a defenderse dentro del marco de lo necesario y sin excederse[608]. En principio, solo estaría excluido de la legítima defensa los casos en los que falta el

---

601 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/14, p. 443; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 218; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 94; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 812; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 566; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/50, p. 426; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 527, num. 1371; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 658.

602 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 391; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 216.

603 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 812.

604 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/14, p. 615; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 367; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 128; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 594, alude al rebasamiento de los medios agresivos inicialmente acordados, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 244; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 583; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/57, p. 428.

605 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/26, p. 448; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 128; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 594.

606 Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372.

607 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 240; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 593; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 583.

608 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 593; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/57, p. 428.

puro carácter defensivo de la acción, es decir, cuando las agresiones son *recíprocas, simultáneas y no condicionadas* por el otro ataque[609].

No hay agresión cuando la acción transcurre dentro de los límites del riesgo permitido[610] o no se infringe algún deber objetivo de cuidado[611], supuestos en los que falta un desvalor de la acción[612].

En la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana *antijurídica*. No se requiere que la agresión sea subsumible en un tipo penal[613], o sea punible[614], aun cuando se reconozca en la mayoría de casos que la agresión proviene normalmente de una agresión típica. La finalidad de la legítima defensa no está dirigida a evitar hechos punibles, sino a proteger bienes jurídicos[615].

a.3. La inminencia y actualidad de la agresión

La agresión es inminente cuando está teniendo lugar en el momento o cuando todavía persiste en el tiempo[616]. La situación de legíti-

---

609 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 593.

610 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/14, p. 463; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/69, p. 233; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 392; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 540.

611 Gfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 218; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/16, p. 444; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 123.

612 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/14, p. 615; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/16, p. 444. En contra: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366.

613 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/12, p. 442; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 216; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 123; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 391; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 216; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 540. Consideran la necesidad de que la agresión sea una conducta penalmente antijurídica: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 590 y ss.; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 566; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 369; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 661.

614 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366 QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497.

615 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/23, p. 447.

616 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/64, p. 230; MAURACH/ZIPF, *Dere-*

ma defensa se inicia cuando existe un peligro inmediato que amenaza el objeto de la acción como consecuencia de la agresión. Si la agresión no es actual ni inminente no hay legítima defensa y pierde sentido el requisito de la necesidad de defensa[617].

Un sector de la doctrina exige que la agresión inminente deba ser **real**[618]. Sin embargo, aquí debe tomarse en cuenta la perspectiva *ex ante* de un espectador objetivo que se coloca en la posición del sujeto agredido[619] y los posibles conocimientos especiales de este[620]. No basta con la pura representación subjetiva del agredido[621].

Según algunos, la inminencia puede ser determinada sobre la base de la aplicación analógica de los criterios de la tentativa[622] que atienden

---

cho penal. Parte general, cit., T. I, 26/23, p. 447; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 219; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/20, p. 618; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 386; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 570; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 814; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 509, quien habla de peligro concreto; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 529, num. 1375; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 539.

617 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 221; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 596; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 254.

618 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/63, p. 230; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 565; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 496; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 369; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 541.

619 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/45, p. 631; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/63, p. 230, plantea que contra el sujeto aparentemente amenazado regirán las reglas de la legítima defensa putativa, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 605.

620 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 829.

621 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 369. En contra: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 836.

622 Así: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/23, p. 468; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 539.

a la inminente lesión al bien jurídico o al hecho que la amenaza se puede trasformar inmediatamente en lesión. Sin embargo, se objeta a este criterio el hecho que se tendría que esperar demasiado para recién tomar medidas de defensa, lo que no solo demuestra una demora injustificada, sino que se termina por perjudicar al agresor, pues se estaría legitimando una lesión mucho más grave a sus bienes[623] por lo tardío de la defensa.

Por ello, es que un sector calificado de la doctrina, con razón, sostiene la inminencia de la agresión desde que se está ante los **actos preparatorios próximos a la tentativa** o los actos que se encuentran vinculados directamente con ella[624], pero que no es propiamente una tentativa[625], v. gr. acercarse con un arma contundente de modo amenazante, el llevar la mano al bolsillo para sacar el revólver. La agresión para que sea inminente no puede encontrarse a una distancia temporal marcada de la posible lesión a la que tiende ni tampoco puede estar agotada la lesión definitiva del bien jurídico[626]. El adelantar demasiado el momento de la agresión trae el inconveniente de que el Estado retrocede en la lucha contra el injusto[627].

La mera intención de atacar o agredir expresada verbalmente, pero que no lleva a realizar actos ejecutivos o de ataque efectivo, no puede ser considerada como agresión ilegítima[628]. Lo mismo ocurre cuando solo se planea, se prepara la agresión[629] o cuando no se ha puesto en práctica ni se ha manifestado la voluntad de lesionar v. gr. te voy a matar en la próxima oportunidad. Tampoco constituye una agresión inminente el solo hecho

---

623 Vide ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/21, p. 619.

624 Loc. cit.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 815; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 529, num. 1375; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», cit., p. 656.

625 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/24, p. 447.

626 Ibídem, 26/23, p. 447.

627 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 815.

628 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/24, p. 447; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 386; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 506.

629 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/22, p. 619.

de llevar armas consigo, objetos contundentes u otros medios de ataque, aun cuando se los exhiba. En sentido adverso, puede haber agresión inminente aun cuando no se llegue utilizar de modo inmediato arma alguna. La inminencia de la agresión no pasa necesariamente por el empleo de armas o cualquier objeto lesivo. No está justificada la defensa frente a ataques futuros ni ante ataques ya repelidos no renovados[630].

Las amenazas como regla general no dan lugar aún a una agresión ilegítima, salvo que suponga una proximidad inmediata de lesión al bien jurídico protegido[631]. No basta la actitud insolente del sujeto.

La agresión puede que ya se haya producido y aun así llegara hablarse de inminencia en la medida que sea probable que dicho ataque continúe o se reinicie con mayor o semejante intensidad. La agresión *perdura* hasta que se excluya el peligro que amenaza al bien jurídico[632] o sea posible defender al bien agredido[633] de la agresión inminente. Incluso, es posible que la agresión se encuentre formalmente consumada pero que no se haya agotado o terminado[634]. Debe valorarse que en la legítima defensa lo decisivo no es la consumación del delito, sino la lesión del bien jurídico que, por cierto, no siempre coinciden[635], v. gr., en el hurto o en el robo el hecho que el ladrón tenga posibilidad de disposición la legítima defensa puede concurrir en la medida que no se haya puesto a buen recaudo el

---

630 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/24, p. 469.

631 Cfr. POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 571; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 817; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 496.

632 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/66, p. 231; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 219; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 572; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/52, p. 427; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510.

633 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/25, p. 448.

634 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/27, p. 621; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/25, p. 448; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 530, num. 1376.

635 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/67, p. 232; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 231.

botín. Lo mismo ocurre cuando el propietario impide que el ladrón escape neutralizándolo con un tiro en las piernas[636]. Sin embargo, la recuperación de los bienes sustraídos delictivamente, luego del agotamiento y la evitación planificada de los delitos, es competencia de la policía y no de los particulares[637].

Cuando la agresión ya se encuentra terminada y esta no prosigue (insulto o bofetada) se pierde la posibilidad de la legítima defensa en la medida que la agresión perdió la peculiaridad de inminente[638]. Reaccionar en estas circunstancias no supone actuar en legítima defensa, sino vengarse[639]. No hay legítima defensa cuando los ladrones, habiendo o no robado, huyen del lugar para evitar su detención[640]. En tal supuesto debe negarse la inminencia o la actualidad de la agresión ya que la propiedad no está en peligro y la mera fuga no constituye una agresión contra un bien jurídico individual[641]. Por el contrario, la fuga de la escena significa la renuncia a la agresión y la desaparición de la condición necesaria de la defensa.

b. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla

b.1. Necesidad de defensa

Necèsaria es la defensa adecuada para evitar o neutralizar la agresión[642]. Puede tratarse de una defensa pasiva o de protección pura, v.

---

636 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/26, p. 448.

637 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/22, p. 468.

638 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/27, p. 622; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 506.

639 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 231; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/53, p. 427; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 370. De modo distinto: QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497.

640 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 375.

641 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 219.

642 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 818; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 534, num. 1389.

gr., parar el golpe con fractura de la mano al agresor; de una defensa ofensiva o de contraataque, v. gr., se dispara contra quien acomete agresivamente[643]. Ambas formas de defensa pueden coincidir en el caso concreto. La defensa puede consistir en impedir o repeler la agresión, la misma que puede ejecutarse a través de conductas **típicas** como **atípicas**[644]. La defensa no tiene por qué ser necesariamente violenta. Para repeler una agresión a la vida no siempre será necesario matar o lesionar al agresor. Puede bastar en ocasiones emplear, por ejemplo, un insulto grave.

La doctrina distingue entre necesidad abstracta y necesidad concreta de defensa. Si falta en abstracto la necesidad de defenderse no es posible apreciar ni la legítima defensa ni una eximente incompleta (artículo 21° CP) al faltar un elemento esencial de la eximente. En cambio si falta la necesidad concreta (v. gr., el medio de defensa es excesivo) puede apreciarse la legítima defensa incompleta[645].

La necesidad de defensa supone la **idoneidad** y **eficacia** para repeler el ataque[646]. Aquí se presenta el problema acerca de si se puede defender atacando todos los bienes del agresor o solo los que este emplea para el ataque[647]. El agredido está autorizado para utilizar los medios *objetivamente eficaces o idóneos* que le permitan conjurar el peligro concreto que se cierne sobre sus bienes, v. gr. ante un agresión física directa la persona no puede reaccionar arrojando piedras a las ventanas, pintando la pared de la casa o pinchando las llantas del vehícu-

---

643 Ampliamente: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/29, p. 472.

644 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 599.

645 Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/62, p. 429; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 544.

646 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 397; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 233; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 818; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 542.

647 Vide JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/28, p. 471.

lo[648]. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: «*Si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, empleando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa*»[649].

Un sector de la doctrina distingue entre *inidoneidad cualitativa* e *inidoneidad cuantitativa*. La primera se caracteriza porque la acción que lesiona un bien jurídico es inadecuada para proteger el bien jurídico v. gr. para proteger la vida no se requiere atentar contra la libertad sexual del agresor, lo mismo que para proteger la propiedad en el delito de hurto no se requiere estafar al agresor[650]. Por su parte, la inidoneidad cuantitativa se da cuando pese a haber idoneidad cualitativa, el medio o modo de la defensa que se utiliza es insuficiente o inútil desde la perspectiva *ex ante*.

Asimismo, el defensor de varias defensas posibles debe elegir, según las circunstancias, aquella que cause ***el* menor daño al agresor**[651], v. gr. si la persona puede neutralizar el peligro reduciendo a su agresor o amenazándolo con un arma, no debe optar por acuchillar o disparar directamente el arma de fuego. El principio de la menor lesividad debe conjugarse con la necesidad de que llegado el caso, la defensa será segura y podrá neutralizar oportunamente el peligro que se cierne contra el bien jurídico[652]. En tal sentido, si el uso del medio menos lesivo no

---

[648] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220.

[649] Vide el Exp. Nº 905-93 del 29 de agosto de 2000.

[650] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 600.

[651] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/32 p. 451; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/41, p. 628; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/76, p. 234; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 472, alude a la pérdida mínima para el agresor. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 605; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/68, p. 431; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 512; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 534, num. 1390; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 542; CARO CORIA, Carlos, «Legítima defensa», en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, T. I, p. 682.

[652] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 605; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 575.

genera un éxito adecuado de la defensa, puede optarse por el medio más seguro e idóneo, capaz de sofocar el riesgo contra el bien jurídico, pese a que sea un medio más dañino.

Dicha necesidad debe valorarse desde una perspectiva objetiva *ex ante*, tal como hubiera ponderado las circunstancias un espectador objetivo colocado en la situación del agredido[653]. No es de recibo partir de una consideración subjetiva del agente, ni de la posición fría, absolutamente reflexiva y analítica de una persona, pues en una situación de agresión ilegítima, la persona normalmente actúa con agitación de ánimo y turbado emocionalmente[654].

La necesidad de defensa no se ve diluida si es que el agredido puede huir, escapar corriendo de la agresión o realizar un ceder inteligente[655]. Por ello, quien pese a poder escapar enfrenta a sus agresores, obra amparado por la legítima defensa. Como dice ROXIN: «*Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del prevalecimiento del Derecho y del orden legal pacífico*»[656]. El aceptar la fuga sería tolerar una segunda agresión antijurídica que afecta esta vez a la libertad de movimiento y la dignidad de la persona, lo cual implica un socavamiento de la autoridad del derecho[657].

---

[653] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/45, p. 631; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 607; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 819; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/65, p. 430; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 370; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1392; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 542; CARO CORIA, «Legítima defensa», cit., p. 682.

[654] Cfr CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 608.

[655] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/36, p. 475.

[656] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/47, p. 633. También: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 396; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 821; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 544.

[657] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 606; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 544.

Los agentes de seguridad, ya sean públicos o privados, pueden también proteger sus bienes jurídicos o los de terceros sobre la base de la legítima defensa[658], por ejemplo, cuando algunos sujetos rodean al policía con el fin de golpearlo. Un caso discutible y discutido es el de un secuestro o toma de rehenes en el que la policía interviene y mata al secuestrador. De manera general se reconoce aquí la legítima defensa de terceros[659], sobre todo en los supuestos en los que no se acepta ninguna negociación[660], o por la intensidad y gravedad de la agresión hay un riesgo elevado de morir para las víctimas.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la legítima defensa llevada a cabo por un capitán de la Policía Nacional cuando fue atacado mediante disparos de arma de fuego por una persona que buscaba evitar ser capturada y el policía respondió matando a su agresor mediante disparos de su arma de reglamento[661]. En otra oportunidad ha señalado que: «*El fallecimiento del agraviado se produjo en circunstancias que el encausado, en cumplimiento de un operativo policial de persecución de presuntos delincuentes, se vio obligado a disparar contra uno en cuyo interior se daba a la fuga el occiso, el mismo que en su huida efectuó varios disparos en contra del patrullero en donde se encontraba el encausado conjuntamente con otros efectivos policiales, por lo que la acción realizada se ampara en las causas de justificación de la legítima defensa y del obrar en cumplimiento de un deber*»[662].

En otro fallo aplicó la legítima defensa imperfecta e impuso la pena de cinco años de privativa de libertad a un miembro de la Marina de Guerra que, luego de beber licor y salir de una casa donde se producía una gresca en la que no participó, fue rodeado por un grupo de

---

658 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 230; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/93, p. 658; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 540, num. 1403. En contra expresamente: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/42, p. 479.

659 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368

660 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/34, p. 452.

661 Vide el Exp. Nº 2683-97-Lima, del 21 abril de 1998, en *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 37.

662 Vide el Exp. Nº 4075-97 del 12 de julio de 1998.

jóvenes que habían golpeado ya a sus acompañantes y con el fin de dispersarlos, efectuó disparos al aire y al ver que no lograba su objetivo disparó matando a una persona e hiriendo a otra. La Corte Suprema estableció en este caso que: «*El encausado violó su deber como miembro de las fuerzas armadas al ingerir licor a sabiendas que portaba un arma de fuego y por tanto creó un riesgo innecesario, cuyo resultado fue la muerte de un joven e hirió a otro*»[663].

Pese a que se reconoce al policía la posibilidad de legítima a favor de un tercero, al mismo tiempo se exige sobre la base de la experiencia, preparación y capacidad del personal policial que obre con mayores recaudos y con un cuidado más riguroso que cualquier ciudadano común[664]. Aquí el nivel de necesidad se intensifica sobre la base de la capacidad y calificación profesional del personal policial. Así, por ejemplo, el policía frente al ladrón que huye con el botín no tendrá la necesidad de dispararle por la espalda, dado que tiene –respecto al particular– mayores posibilidades de capturarlo[665].

Un importante y cualificado sector doctrinal estima que la actuación policial –y comportamientos de funcionarios similares– puede es-

---

[663] Vide la ejecutoria de la Sala Penal Permanente recaída en el Exp. Nº 3246-2006-Lima del 20 de septiembre de 2006. En este caso lamentablemente la Corte Suprema repara más en la situación personal del agredido (ebrio) que en la situación o no de necesidad. Pasa por alto dos hechos fundamentales: a) que la persona estaba siendo rodeada por una veintena de jóvenes para ser atacada (*agresión plural*) como ya lo habían sido sus acompañantes a los que golpearon (*agresión similar*) y que los agresores se acercaban hacia él amenazantes, b) que de manera preventiva había realizado disparos de advertencia antes de disparar sobre el cuerpo de los agresores.

Deja sentando el peligroso principio de que las personas ebrias no pueden defenderse o, peor aún, que los miembros de las fuerzas armadas no pueden hacerlo cuando son atacados.

Tampoco explica cuál ha sido el nivel de alcohol en la sangre que tenía en encausado y de qué forma en todo caso la cantidad o la calidad de alcohol en la sangre influyó en la realización de una defensa excesiva.

[664] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 230; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/95, p. 660; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 601; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 540, num. 1403.

[665] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/94, p. 659.

tar amparado por causas de justificación más específicas y concretas que la legítima defensa como el cumplimiento de un deber, la obediencia debida[666], etc.

b.2. Necesidad y proporcionalidad de la defensa

Necesidad no implica proporción[667]. Aquella alude a la circunstancia en que urge la acción defensiva y la proporción a la semejanza entre el instrumento de ataque y el medio de defensa o la semejanza de bienes jurídicos. Así, puede existir proporción sin necesidad, como necesidad sin proporción. Aun cuando lo común es exigir un equilibrio mutuo, la ley en su espíritu se refiere a la necesidad de defensa.

El artículo 20° inciso 3 cuando regula *la necesidad racional del medio* no alude a la necesidad de defensa como tampoco –esta vez con acierto– a la proporción de bienes jurídicos[668].

Esta última cuestión es lógica porque si se requiriese semejanza en la afectación de bienes jurídicos, la legítima defensa sería una figura excedente. Bastaría el estado de necesidad para recoger estos supuestos. En España la doctrina acepta como criterio rector, que no es necesario en la legítima defensa, la identidad o semejanza en la afectación de los bienes jurídicos. Esta posición la aceptamos favorablemente, por tanto, es posible alegar legítima defensa cuando se mata al agresor que pretende dañar bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad sexual. En Argentina, la exigencia de la proporcionalidad es casi unánime[669].

---

[666] Por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 601.

[667] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 367; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 472; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/30, p. 450; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 820; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 607; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 375; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 568; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 235; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 574.

[668] En contra, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II,l pp. 386 y ss.; ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte General*, trad. Juan del Rosal y Ángel Torío, Uteha, Buenos Aires, 1960, p. 222, quien sostiene la ponderación de bienes; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, pp. 218 y ss.

[669] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 157; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 571 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. I, p. 325.

Tampoco se requiere semejanza o identidad entre los bienes jurídicos protegidos, v. gr., vida-vida, salud-salud. No hay inconveniente alguno para que se trate de bienes jurídicos de distinto rango y valor[670]. Lo importante es que haya necesidad de defensa. Un grave ataque a la integridad corporal puede repelerse matando al agresor, pese a que indiscutiblemente el bien jurídico **vida** poseé un mayor valor constitucional que el bien jurídico salud. Los casos problemáticos lo representan las restricciones ético-sociales a la legítima defensa.

La legítima defensa se permite, incluso, cuando el bien jurídico defendido no es más valioso que el bien jurídico lesionado[671]. En tal sentido, un sector de la doctrina penal considera que la defensa de bienes materiales puede determinar la muerte del agresor[672]. Ello si bien es correcto debe llevar a una ponderación razonada y global de las circunstancias y la situación de defensa. Con todo, debe negarse la legítima defensa cuando hay una insoportable, manifiesta y exagerada desproporción entre los bienes jurídicos[673], v. gr. se mata al ladrón que busca hurtar una fruta[674] o, en general, contra quien comete un hurto leve o vulnera la esfera privada. En estos casos no está justificado ni matar, ni lesionar gravemente[675].

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la legítima defensa en el caso de un guardián que lesionó gravemente a la víctima cuando: «*En horas de la noche se percató que cuatro personas escalando las paredes del colegio donde se desempeñaba como guardián, pretendían robar e incluso el agraviado encausado había ingresado y amenazado al referido guardián, quien*

---

[670] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 537, num. 1398.

[671] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 228.

[672] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 472; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95.

[673] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 373.

[674] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 228.

[675] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/72, p. 646.

frente a esta agresión ilegítima y a la superioridad numérica de los asaltantes, y el peligro inminente en que se encontraba, hizo uso del arma que se le entregó para el cumplimiento de sus funciones de guardianía»[676].

b.3. Valoración de las circunstancias

La necesidad racional del medio empleado y la necesidad de la defensa han de surgir en concreto, en cada caso particular, y no en abstracto, por lo que debe analizarse una serie de circunstancias como la fuerza y la peligrosidad del agresor[677], sus características[678], la intensidad[679], forma y medios de ataque[680] (v. gr., si el ataque es o no inesperado)[681], los medios de defensa[682], el tiempo y el lugar del mismo como la condición personal del beneficiado de la legítima defensa[683]. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: «*El contenido de una causa de justificación debe extraerse del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgador valorar el problema concreto para decidir la procedencia de la justificación en el caso particular*»[684].

---

[676] Vide Exp. Nº 3842 2000-La Libertad del 4 de diciembre de 2000, en FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Ejecutorias supremas y superiores (1998- 2001)*, Jurista, Lima, 2002, p. 420.

[677] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/30, p. 450; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 256; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1391.

[678] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234.

[679] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 96; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234.

[680] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/30, p. 450; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 257; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1391.

[681] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234.

[682] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 220; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95.

[683] Cfr. ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. PG*, cit., p. 220.

[684] Vide el Exp. Nº 4045-97, del 12 de marzo de 1998.

En otra ocasión apuntó que: «*Las armas utilizadas en el evento no deben ser comparadas por su lesividad intrínseca sino es del caso valorar hasta qué punto, dada la situación en la que se encontraba la acusada, era razonable usar un arma de fuego para evitar la agresión, a cuyo efecto es de puntualizar que el Código penal faculta al sujeto agredido a responder razonablemente y no de cualquier manera; que a estos efectos se debe analizar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa según lo normado por el epígrafe «b» del número tercero del artículo veinte del Código Penal*»[685].

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia solo aplicó la eximente incompleta de legítima defensa por desproporción de los medios empleados en el caso en el que una persona se defendió de la agresión conjunta de la víctima y de sus acompañantes quienes se encontraban desarmados, pese a que eran superiores en número[686]. En otra ocasión aplicó la eximente incompleta señalando que: «*No puede exigir una proporcionalidad material entre el ataque y la defensa, por el contrario, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias, ya que la utilización de un arma de fuego no puede considerase excesiva si los agresores, siendo varios trataban de quitarle el arma de fuego y estaban premunidos de armas punzocortantes*»[687].

La ponderación de la circunstancias ha encontrado especial relevancia en el pronunciamiento de la Corte Suprema en la que se señala que: «*Si bien es cierto el procesado resulta ser autor de las lesiones causadas con su arma de fuego, también lo es que tuvo que recurrir a ello a fin de repeler el asalto del que era víctima, pues los asaltantes contaban con mayor número*

---

[685] Vide la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Exp. Nº 3826-2004, del 21 de enero de 2005.

[686] Vide el Exp. Nº 4777-97-Junín, del 19 mayo de 1998, en *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 37: «Tenemos que la conducta desplegada por el acusado se ha producido en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad, en la que ha concurrido una agresión ilegítima de parte del agraviado y sus acompañantes, la que no ha sido provocada por el acusado, existiendo, sin embargo, una desproporción en los medios empleados pues el acusado ha utilizado un arma de fuego contra sus atacantes, que aunque se encontraban desarmados, eran superiores en cuanto a integrantes se refiere».

[687] Vide ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. 10 años de Jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001, p. 94.

de armas de fuego y ya habían herido de bala a su hijo, por lo que la conducta que se le imputa se encuentra amparada en el inciso 3 del artículo 20° del Código Penal (legítima defensa)»[688].

b.4. El principio de la menor lesividad del agresor

El principio del medio menos lesivo o el principio de la subsidiariedad de la defensa más grave, encuentra sus respectivos matices según la naturaleza de las circunstancias, la gravedad de la agresión, la inminencia de la misma. Ello trae como consecuencia que se deba escoger de todos los medios disponibles los que provoquen el menor daño; del mismo modo que utilizando medios potencialmente lesivos, el daño que se cause debe ser el menor.

Sin embargo, ello no quiere decir que se promueva la no defensa, la defensa mínima o la huida frente a agresiones ilegítimas[689]. El derecho no puede fomentar conductas de retroceso o elusión ante las agresiones ilegítimas.

Por ello, la defensa puede ser también intensa si es que el peligro lo justifica y es necesario para la eliminación del riesgo que se cierne para el bien jurídico[690]. El ordenamiento jurídico no puede imponer al ciudadano la obligación de soportar los riesgos de una defensa insegura o ineficaz[691], ni que acepte los riesgos de una defensa pobre[692]. Si es

---

[688] Vide el Exp. Nº 3418-97, del 12 de septiembre de 1997.

[689] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/75, p. 234; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 126; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/69, p. 431.

[690] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 605; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1390.

[691] De modo semejante: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/77, p. 235. Con matices: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/33, p. 473, quien diferencia los casos en los que se opta por el medio más lesivo solo por comodidad y porque se requiere resolver la situación al menor costo posible

[692] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95.

que no existe alternativa, el medio elegido será el adecuado[693]. La defensa necesaria no es sinónimo de defensa escasa, de defensa limitada o de defensa insegura. En tal sentido, puede emplearse un arma de fuego contra un agresor desarmado pero que se encuentra decidido al empleo brutal de violencia. No se exige tampoco que en una situación peligrosa se apunte y dispare a los pies del agresor en vez del cuerpo.

La ponderación del uso o no de los medios menos lesivos o de la defensa menos perjudicial debe valorarse de modo razonado según las circunstancias del caso desde la perspectiva *ex ante*[694] y en base a la posesión o no de otros medios, a la posibilidad inmediata o no de usarlos en la defensa, de la cercanía del agresor, de la intensidad del ataque, etc. En tal sentido, resulta de relevancia excluyente la determinación de las **posibilidades concretas de defensa**[695] (medios disponibles[696], contexto, personas, etc.) para enjuiciar si se está ante una defensa necesaria como las **capacidades del defensor**[697] (v. gr. edad[698], contextura física, sexo[699], habilidad, conocimientos). No es lo mismo la defensa de un experto en artes marciales que la de un paralítico.

---

[693] Por todos, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/32, p. 451; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125.

[694] Cfr. POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 575.

[695] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/30, p. 450; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 606; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 396; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 234; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 257; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 507; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1391; CARO CORIA, «Legítima defensa», cit., p. 682.

[696] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 472.

[697] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/79, p. 235; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 606; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 575.

[698] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, Direito penal. Parte general, cit., T. I, p. 395. La Corte Suprema de Justicia señaló en una oportunidad que: «La diferencia de edad no puede considerarse como un elemento disociador para alegar legítima defensa, ya que ello es de carácter subjetivo, máxime si quien aparece como agraviado inició la gresca, denotando con ello una predisposición y capacidad para enfrentarse a una riña de tipo físico». (Vide el Exp. Nº 1746-97, del 10 de septiembre de 1997).

[699] La Corte Suprema ha señalado que: «Constituye un medio racional el arma de fuego empleado por la acusada, debido a su condición de mujer, si dicha arma fue utilizada para repeler un ataque ilegítimo, realizado en su propio domicilio por un hombre,

Si bien en la defensa con armas de fuego la regla es que debe realizarse una advertencia al agresor acerca de la posibilidad de uso del arma[700] –la que puede ser verbal, concluyente, v. gr. se le muestra el arma– no es necesario que se efectúe disparos de advertencia o que se alcance las extremidades del agresor[701], antes de disparar a una zona vital, si es que con ello se neutraliza de manera segura la agresión[702]. Por tanto, no siempre es necesario realizar un disparo al aire ni advertir del empleo del arma de fuego[703].

La Corte Suprema de Justicia aplicó la legítima defensa cuando una persona repelió con un disparo en el muslo un ataque antijurídico realizado con disparos[704] y en otra ocasión cuando antes de disparar contra el cuerpo del agresor se realizó dos disparos al aire[705]. Asimismo, ha señalado que: «*Existirá defensa propia cuando no habiendo otra alternativa, el encausado disparó su revólver al aire con la intención de amedrentar a la turba que pretendía asaltarlo, y dejó herido al agraviado*»[706].

La legítima defensa no se excluye si el arma que se utiliza no tiene permiso para su uso[707] o la licencia ya ha caducado. Sin embargo, el uso o la tenencia ilegal de un arma de fuego no se encuentra justificado por

---

quien portaba un cuchillo. En el presente caso la conducta de la inculpada se encuentra exenta de pena» (Vide ANDÍA CHÁVEZ, Juan, *Repertorio de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 1996, p. 117).

700 La doctrina denomina estos casos como *legítima defensa gradual*, vide ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 221; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 576; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1390. También: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/79, p. 236.

701 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/43, p. 630; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 368, quien exige que se trate de una situación extremadamente peligrosa. Insiste en este aspecto: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 397.

702 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 221.

703 De modo distinto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 535, num. 1390.

704 Vide el Exp. Nº 2683-97-Lima, del 21 de abril de 1998.

705 Vide el Exp. Nº 4986-97, del 27 de abril de 1998.

706 Vide el Exp. Nº 2102-92, del 16 de septiembre de 1993.

707 Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/49, p. 458; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 221.

la legítima defensa. Aquí se requiere una justificación especial como la regla del estado de necesidad[708].

c. Falta de provocación suficiente

La provocación no es un requisito que pueda ser interpretado de manera autónoma. Por el contrario, debe necesariamente vincularse con el requisito esencial de la legítima defensa: la **agresión ilícita**. La suficiencia o insuficiencia de la provocación solo puede obtenerse luego de una valoración global y conjunta con la agresión ilícita.

Este requisito de la legítima defensa es contingente, por cuanto puede o no concurrir en el caso concreto, o lo que es más, puede existir legítima defensa sin una provocación. Ello a diferencia de los requisitos esenciales de la eximente: agresión ilegítima y defensa necesaria[709].

Se ha hecho notar, con mucha corrección, que este presupuesto, cuando se incorpora legislativamente, resulta *por completo superfluo* pues si el agredido provoca suficientemente el ataque, éste habrá dejado de ser ilegítimo[710]. Nada cambiaría en la legítima defensa si este requisito se elimina de la ley.

La doctrina penal distingue entre **provocación intencional** y **provocación imprudente** de la reacción defensiva[711], asignándole consecuencias jurídicas diversas. Solo en el primer caso está excluida de modo definitivo la legítima defensa.

La **provocación intencional** aparece cuando alguien provoca a otro para que realice una agresión y así poder hacerle daño (lesiones, homicidio, etc.) bajo la cobertura de la legítima defensa[712]. Aquí hay la

---

[708] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 221.

[709] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/77, p. 433.

[710] Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1976, T. I, p. 252.

[711] Vide MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/41, p. 455.

[712] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 127; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 239; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/59, p. 639; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 96; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 581.

intención de llevar a cabo una agresión con el ropaje de una defensa necesaria. Se habla de un **contraataque planeado**[713]. La doctrina excluye, con razón, la posibilidad de legítima defensa en la medida que la supuesta agresión ha sido querida y se buscó deliberadamente por acción del provocador[714]. El provocador realiza una conducta o ejecuta una serie de maniobras que manipulan la situación típica de la legítima defensa a su favor y que supone una asunción consciente del riesgo[715].

Un sector calificado de la doctrina penal exige que la provocación, además de real, sea **antijurídica**[716], especialmente cuando se requiere que sea suficiente[717]. Se reclama la *amenaza antijurídica* del bien jurídico y no solo una conducta meramente reprochable desde el punto de vista *ético-social*[718]. Sin embargo, este requisito debe revisarse sobre todo en los supuestos en los que el sujeto realiza una acción aparentemente inidónea (no antijurídica), pero que obra premunido de **conocimientos especiales** acerca de cómo reacciona el provocado. Con todo, se debe reconocer el carácter general y útil de la exigencia del

---

[713] Vide ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 240.

[714] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/83, p. 237; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/59, p. 640; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/41, p. 455; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 402; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/80, p. 433; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 827; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372; POMARES CINTAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 581; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 542, num. 1408; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que no se le puede negar al provocador el derecho a la legítima defensa, vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372.

[715] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/43, p. 456.

[716] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/59, p. 640; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 26/46, p. 457; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/55, p. 488; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/80, p. 433. Con reservas: ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 239. Con matices: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372. En contra: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 829.

[717] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 241.

[718] Vide ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/67, p. 644. Sin embargo, enfatiza en la desaprobación ético-social: ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 242.

nexo de antijuridicidad de la provocación, la cual debe ir acompañada de una estrecha conexión temporal y una adecuada proporción con la agresión que se provoca[719].

La **provocación imprudente**, o sencillamente la provocación no dolosa, posee, como regla, un tratamiento distinto, pues la persona no tuvo la intención de aprovecharse de la supuesta agresión de la que es víctima para lesionar los bienes jurídicos del agresor. No es necesaria que la persona advierta la posible reacción del provocado. Se admite aquí la posibilidad de acudir a la legítima defensa. Sin embargo, se plantean restricciones normativas que se vinculan con la necesaria responsabilidad por los hechos propios que obliga a mantener cierta tolerancia –dentro de los límites de la proporcionalidad– frente a las agresiones de terceros que uno genera y provoca. En estos casos se recomienda eludir la agresión[720], apaciguar la situación[721], más que enfrentarla, buscar ayuda de terceros[722], solo realizar una defensa pasiva[723] (no ofensiva) o tolerar daños y lesiones de poca entidad[724]. El fundamento se encuentra, según se apunta, en la aplicación del criterio de la injerencia por el cual quien ha creado un peligro o un conflicto tiene que soportarlo o, por lo menos, compartirlo[725].

Con razón, CUELLO CONTRERAS recuerda que una legítima defensa no provocada permite lo más, mientras que una legítima defensa provocada disminuye el valor de la defensa[726].

---

[719] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/54, p. 487; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/67, p. 644.

[720] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/83, p. 237; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 240. De manera distinta: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 128.

[721] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372.

[722] De modo distinto: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 128.

[723] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/83, p. 237; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 97.

[724] Vide ampliamente: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/64, p. 642.

[725] Vide JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/49, p. 485.

[726] CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 827.

La conducta provocadora puede ser una **acción** o una **omisión**[727].

El código no exige falta de provocación por parte de quien ejerce la legítima defensa, sino que la falta de provocación sea **suficiente**. La provocación puede existir y dejar intacta la legítima defensa. La norma implícitamente reconoce que no toda provocación está en condiciones de enervar y de descartar la legítima defensa. Si bien lo deseable es que haya una defensa sin provocación, a veces ocurre que el comportamiento de quien se defiende ha favorecido la agresión.

La ley recoge aquí un requisito negativo de la legítima defensa. No es que toda provocación excluya la legítima defensa[728]. Para que ello ocurra la agresión debe ser de **cierta entidad, significado o gravedad**[729]. Con ello, se deja sentado que las provocaciones que *no son suficientes* dejan intacta la posibilidad de plantear la legítima defensa[730]. Se establece entonces que provocación y legítima defensa no son incompatibles ni irreconciliables entre sí. La única incompatibilidad aparece cuando la provocación es *suficiente*.

La evaluación de la provocación suficiente y la agresión ilegítima debe ser **objetiva**[731], preguntándose si en tales circunstancias un ciudadano medio, un hombre empírico, frente a una provocación determinada reaccionaría agrediendo. Si la respuesta es afirmativa debe negarse la legítima defensa del provocador. Adversamente, si la provocación es insignificante y la agresión es desmedida, es decir, no está en proporción a la provocación, cabe admitir legítima defensa del provocador. Se puede aplicar aquí las leyes de la experiencia, valorando el contexto situacional, las relaciones entre el agresor y el provocador, etc.

---

727 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 240; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 828; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545.

728 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/50, p. 485; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 16/76, p. 432.

729 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 541, num. 1406; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 546.

730 Cfr. CARÒ CORIA, «Legítima defensa», cit., p. 685.

731 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 541, num. 1406.

La valoración de la calidad de suficiente de la provocación no debe practicarse *ex post*, sino *ex ante*, sobre la base de un espectador objetivo colocado en el contexto situacional. Si se tuviera que utilizar un criterio *ex post* y puramente causal todas las provocaciones con resultado excluirían la legítima defensa[732].

La conexión entre provocación suficiente y agresión ha de ser de tal magnitud que se debe observar no solo la génesis en la provocación, o la presencia de una efectiva relación de causalidad entre las mismas; sino examinar el nivel y la intensidad de la provocación con el modo y magnitud del comportamiento agresivo. La provocación no incide solo en producir la agresión, sino que se refiere a la necesidad de determinar la entidad y contenido de esta respecto a aquella, v. gr. una lisura no puede desencadenar un ataque con un cuchillo o arma de fuego. En tal sentido, no constituye provocación el comportamiento puramente descortés (v. gr. no retirar la silla a una dama para que se siente o el cirear por la calle) o inmoral (v. gr. la infidelidad entre novios), el asumir un comportamiento extraño[733], etc. Yerra la Corte Suprema al entender como provocación el hecho que una mujer presuntamente infiel salga sola de su domicilio y en horas de la madrugada, más aún cuando reconoce este hecho como circunstancial[734].

Para que concurra la legítima defensa en la provocación deberá ser de menor entidad que la agresión; porque es lógico que si fueran de igual magnitud la provocación dejaría de ser tal para convertirse en agresión ilegítima, quedando excluida de esta manera cualquier posibilidad de legítima defensa.

d. Las restricciones normativas a la legítima defensa

d.1. Agresiones dentro de las relaciones de garantía

Uno de los problemas prácticos más interesantes y concurrentes a nivel de las restricciones normativas de la legítima defensa lo cons-

---

[732] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 241, quien señala que: «provocación suficiente no es equivalente a provocación causante».

[733] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/55, p. 488.

[734] Vide el Exp. Nº 122-90-Callao, del 9 noviembre de 1990, en *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 38.

tituyen las agresiones que se producen entre las personas vinculadas por una posición de garantía como son las estrechas relaciones comunitarias, las relaciones familiares, v. gr., la relación paterno-filial, la relación entre cónyuges o entre concubinos. Lo interesante reside en que entre agresor y agredido existe de por medio obligaciones de protección o de impedir daños al otro. Al respecto pueden encontrarse hasta tres posiciones.

La primera de ellas plantea que ante dichas agresiones se debe mantener un ámbito de tolerancia sumamente laxo y flexible[735]. Se consagra el principio que solo se debe optar por dar muerte al padre, a la madre o al cónyuge cuando la agresión sea extremadamente grave y no haya la posibilidad alguna de eludir la agresión[736]. Frente al ataque del marido, la mujer solo podrá utilizar un medio mortal si es que se atenta contra su vida. Si se producen agresiones, la víctima debe procurar desviar el ataque o aceptar los menoscabos leves a sus bienes, antes de lesionar los bienes existenciales del agresor[737]. Se plantea que el agredido debe recurrir a medios estrictamente defensivos (parar el golpe, encerrarse en la habitación) o a la retirada prudente[738].

La segunda tesis, diametralmente opuesta a la anterior, sostiene que cuando hay agresiones entre los parientes cercanos o entre quienes comparten una estrecha relación dichas acciones de acometimiento hacen cesar automáticamente los deberes de protección y de solidaridad, por lo que la legítima defensa no entraría a tallar, sino que descartaría de plano cualquier restricción. Se afirma que el matrimonio no es una licencia ni un cheque en blanco para que los maridos ataquen a sus esposas[739] ni los padres a sus hijos, o viceversa. Sin embargo, ello no quiere decir que se promueva la posibili-

---

[735] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/58, p. 488, habla de una obligación de sacrificarse más elevada.

[736] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/87, p. 240.

[737] Por todos, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/58, p. 489.

[738] Vide CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 239.

[739] Ampliamente y de modo acertado: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 539, num. 1402.

dad de riñas y peleas graves como si la relación paterno filial o la condición matrimonial, o de convivencia, no tuviera ningún papel o sencillamente no sirviera para nada.

Una posición intermedia estima, por su lado, que lo decisivo es valorar la gravedad del menoscabo de los bienes jurídicos del agredido, la intensidad y energía empleada en el ataque. No se exige una mayor tolerancia y grado de flexibilidad de la mujer, hijo o padre frente a los ataques de su consorte o progenitor. Los deberes de protección y de cuidado no pueden invertirse en el sentido de entender que el agredido posee deberes de mayor tolerancia y de renuncia implícita a una adecuada defensa del bien jurídico amenazado. Un sector de la doctrina penal estima, por ejemplo, que nadie tiene el deber de correr riesgos de sufrir lesiones graves, de recibir ataques contra su vida, como tampoco tiene la obligación de tolerar humillaciones, escarnio o malos tratos continuos[740].

La Corte Suprema de Justicia, en un fallo sumamente discutible, condenó por homicidio calificado a cinco años de pena privativa de libertad a una mujer que mató a su conviviente empleando un arma de fuego luego de ser atacada por este con un cuchillo; habiéndose acreditado previamente los constantes conflictos y agresiones de las que era víctima y que en su debida oportunidad fueron denunciados, habiendo sufrido la procesada múltiples lesiones leves y graves. Estos hechos, además, determinaron la condena anterior del conviviente. Pese a ello, la Corte Suprema fundó la condena: «*En el número elevado de disparos que finalmente causaron la muerte del agraviado, puesto que hubiese sido suficiente inmovilizar a su atacante con uno dirigido a sus extremidades inferiores, por lo que desde la perspectiva concreta ha existido, en el presente caso, un exceso en la reacción*»[741]. Por tal razón se estaría ante una legítima defensa imperfecta.

---

[740] Por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/83, p. 652; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 406.

[741] Vide la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Exp. Nº 3826-2004, del 21 de enero de 2005.

Lo cuestionable de la sentencia de nuestro máximo Tribunal reside en el hecho de valorar particularmente el número elevado de disparos y la posibilidad suficiente de inmovilizar a su atacante, sin ponderar adecuadamente la elevada y clara peligrosidad del ataque de la que era objeto la víctima, más aún si se producía con un medio extremadamente peligroso: un cuchillo y que además se trataba de agresiones continuas y permanentes que habían dado lugar a sendos procesos penales por lesiones y que, incluso, uno de ellos determinó el internamiento en prisión del agresor. Se trataba a todas luces de una mujer maltratada permanentemente.

Por tanto, la valoración que debió producirse de su comportamiento defensivo debería haber tomado en cuenta la reacción que tendría una mujer en su lugar (perspectiva *ex ante*) con todo el pasado de maltrato, humillaciones y lesiones que padecía; y no un punto de vista frío. Evidentemente se le exige a la mujer una actitud calculadamente reflexiva, imposible de cumplir en las circunstancias que le tocó vivir; y un comportamiento policiaco o militar que no está probado que tuviera o haya adquirido previamente y que es lo único que podía justificar la exigencia de inmovilización previa[742]. La sentencia olvida la situación emocional turbulenta y conflictiva que mantenía con su pareja que llegó a su pico máximo el día de los hechos.

La sentencia glosada sienta un precedente peligroso para el juzgamiento de los casos de legítima defensa en el ámbito de la violencia familiar[743] y deja abierta una serie de interrogantes preocupantes, tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal. Así, por ejemplo, ¿qué hubiera pasado si la mujer no disparaba tantas veces el arma, sino una sola vez con éxito, matando a su agresor?, ¿habría legítima defensa? Según lo que deja entrever la Corte Suprema, no. Se olvida que el derecho promueve una legítima defensa idónea, adecuada que puede

---

[742] Solo al personal profesional, con preparación, con experiencia o altamente calificado en el manejo de armas se le puede exigir –incluso con matices y limitaciones obvias– el realizar una maniobra de inmovilización como la planteada por la ejecutoria suprema.

[743] Al respecto, ampliamente, LARRAURI, Elena, «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 6, Lima, 1998, pp. 617 y ss.

llegar a ser segura, permitiendo acabar con la vida de un solo disparo (*ut supra*). ¿Acaso no habría más peligro para la vida de la mujer –ni siquiera en el futuro, sino en la misma situación concreta– si solo hubiera herido y si hubiera pretendido inmovilizar a su agresor? ¿Acaso este no habría intensificado la agresión? Queda claro que si bien puede haber un mínimo razonable de discusión respecto a la necesidad de la legítima defensa, resulta inobjetable que la absolución de los cargos se debió imponer si solo se hubiera explorado la posibilidad de aplicar el medio insuperable o una causal de inculpabilidad similar.

De igual forma es profundamente censurable la decisión de la Corte Suprema de Justicia que opta por la absolución de la conviviente que habría matado a su pareja inclinándose por la eximente de actuar en *estado de embriaguez y competencia de la víctima* –pese a que no se precisa la pericia toxicológica que determina el porcentaje de alcohol en la sangre– cuando del relato probado de la ejecutoria se infiere con toda claridad que había actuado al amparo de una legítima defensa (tal vez imperfecta) debido a que la herida punzocortante en el pecho de la víctima se debió a que este pretendía golpearla con un objeto de madera cuando se encontraban bebiendo licor y surgió una discusión por celos[744].

[744] La Corte Suprema señaló: «Se ha llegado acreditar la responsabilidad penal de la procesada en la comisión del delito de parricidio, quien el 29 de septiembre del año 2002 se presentó ante la policía, con visibles signos de ebriedad, como consta del dopaje etílico, manifestando que ese mismo día a las 14:30 horas aproximadamente, había asesinado a su conviviente, por lo que la policía se constituyó al domicilio de la denunciante, encontrando en el callejón de la puerta de la calle, un cadáver de sexo masculino, apreciándose una herida punzocortante a la altura del pecho, de unos cinco centímetros aproximadamente, que como lo manifestó la inculpada, los hechos se produjeron luego de haber estado debiendo licor con el occiso, quien cogió un objeto de madera para golpearla, como consecuencia de una discusión por celos, instantes en que la procesada coge un cuchillo ocasionándole una herida en el pecho a la altura del corazón, y posteriormente, trató infructuosamente de auxiliarlo. No obstante, el colegiado no ha considerado su estado de embriaguez al momento del evento delictivo, causal que la exime de la responsabilidad penal, conforme a lo previsto en el artículo 20º inciso primero del Código Penal, y el principio de competencia de la víctima, que habiéndose en consideración que la víctima al pretender golpear a la procesada, contribuyó a la consumación del delito mismo» (Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 623-2004,de fecha 9 de junio de 2004, en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006, T. II, p. 139).

Para la aplicación en este ámbito de la legítima defensa no es necesario que haya de por medio una relación personal o familiar profundamente deteriorada[745], que las personas se odien, se consideren enemigos o que se hayan producidos agresiones previas por parte del padre, cónyuge o hijo o que se acredite una relación de abuso permanente. Tampoco hay limitación alguna respecto al tipo y clase del medio a emplearse en la defensa necesaria. El cónyuge –o el miembro de la relación paterno-familiar– cuando de por medio hay una separación, distanciamiento o divorcio tiene una obligación profundamente resquebrajada y venida a menos[746] que incluso puede llegar a faltar.

En el caso de las mujeres maltratadas que matan al marido mientras duermen (*síndrome de la mujer maltratada*) que actúa para prevenir agresiones futuras y para evitar ser agredida, no puede alegarse la existencia de una agresión inminente o actual, pero según el caso puede evaluarse la concurrencia de una causa de inculpabilidad como el miedo insuperable o de ser el caso el estado de necesidad[747].

La restricción de la legítima defensa no alcanza ni cubre cualquier tipo de relación personal o comunitaria valiosa, sobretodo cuando estamos frente a casos en donde hay rivalidades y competencia natural como es el trabajo en una empresa que genera presión y tensiones.

VIII. TIPO SUBJETIVO

1. El dolo

El dolo en el homicidio simple puede ser de cualquier clase. Puede tratarse de dolo directo, de dolo de consecuencias necesarias o de dolo eventual[748].

---

[745] Con matices: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 9/87, p. 240.

[746] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/85, p. 654.

[747] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 371.

[748] Vide la sentencia expedida por la Sala Penal Nacional, del 23 de noviembre de 2007, recaída en el Exp. Nº 039-2006.

a. Los requisitos esenciales del dolo

a.1. El conocimiento actual

En la medida que solo se puede conocer el pasado y el presente[749], pero no el futuro, en los delitos de resultado no se exige que el sujeto conozca plenamente dicho resultado[750]. Solo basta que lo prevea[751], calcule o prediga. De allí que en la conducta dolosa sea suficiente que una persona tenga información suficiente de que con la realización de su acción va a poder explicar un determinado resultado[752], es decir va a poder prever el resultado como consecuencia de dicho peligro. Ello supone que se abarque cognocitivamente el riesgo que produce el resultado o el peligro adecuado para provocarlo[753]. Se señala, con razón, que en el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado[754].

Es necesario también dejar en claro que tener información o conocimiento suficiente de la situación típica no equivale a la reflexión que se haga de dicha situación[755]. Conocer no es igual que reflexionar[756]. Puede haber conocimiento sin necesidad de reflexión. En el dolo se

---

749 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 315.

750 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/67, p. 173.

751 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 319; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 131; RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 498.

752 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en CPC, Nº 65, Madrid, 1998, p. 277.

753 *Loc. cit.*

754 *Loc. cit.*

755 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/11, p. 317; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 72; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 429; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 343; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 338.

756 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/106, p. 471, para quien: «Una concepción tan sumamente racionalista que confunde el dolo con la reflexión (...) contradiría todos los conocimientos de la psicología, en cuya virtud la actuación de las personas está guiada de manera absolutamente predominante no por premeditación ponderadora, sino por instintos y emociones». En la doctrina italiana: PULITANÒ, Domenico, en CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALA, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2003, p. 185; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 324.

exige conocimiento, no reflexión ni premeditación[757]. Tampoco es necesario que el autor efectúe una ponderación racional de las circunstancias, de la situación o de su propia conducta; que medite o planifique cuidadosamente su actuación. En la imputación dolosa no es indispensable que el autor obre con una elevada racionalidad o que su conducta responda a la ejecución de un plan, previamente elaborado; menos aún que obedezca a un patrón de actuaciones, a una línea de acción o a una determinada forma de ser de la persona. Ello supondría sustituir el modelo constitucional del sistema penal que se asienta en el Derecho penal del acto por el modelo del Derecho penal del autor.

En la imputación a título de dolo no basta el conocimiento disponible, potencial[758], o latente[759]. Es necesario que el conocimiento sea actual[760] o lo que es lo mismo: que al momento de la acción

---

[757] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/112, p. 475; ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, nº 23, p. 38, para quien en el dolo «hay un proceso vital unitario que se desarrolla según las reglas de la psicología de la percepción, en el cual influyen en conjunto, de modo inseparable, experiencias, conocimientos previos –intelectuales, y normativo-sociales– motivaciones actuales y actitudes». HUERTA TOCILDO, Susana y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1987, p. 128. En la doctrina peruana: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 87.

[758] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/10, p. 317; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/75, p. 177; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/48, p. 394; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/106, p. 472; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 146; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 72; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 96: «No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia». En la doctrina italiana: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 184; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 184. En la doctrina peruana: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 357. En la doctrina argentina: ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 497.

[759] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 345.

[760] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/84, p. 259; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 310; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 305; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 324; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 184. Aluden a la exigencia de *conocimiento efectivo*, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 495; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 455, num. 1191.

el conocimiento se actualice de manera efectiva[761]. No basta un saber olvidado[762] o el llamado **conocimiento inconsciente**[763]. Si no se exige la condición de conocimiento actual se borraría la diferencia entre dolo e imprudencia[764]. No hay dolo cuando la representación o el conocimiento que posee la persona es solo actualizable, potencial, latente o que el sujeto podía saberlo[765]. El dolo es siempre conocimiento actual, ya sea en el plano del lenguaje o mediante imágenes. Aquí juega un papel importante las experiencias, las acciones que se han realizado con anterioridad o los modelos de acción aprehendidos[766].

Sin embargo, no puede ser tomado como dato primordial en la acreditación del dolo todo lo que el autor ha experimentado o conocido alguna vez como imagen o como suceso, ya que ello solo nos puede indicar con certeza que estamos ante un conocimiento latente. No es válido afirmar en la prueba del dolo que otra persona en el lugar del autor se hubiera dado cuenta de los hechos o del peligro que se creaba[767], pues

---

761 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 338; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 455, num. 1191; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 357. La jurisprudencia peruana ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente sobre este elemento del dolo en el caso Utopía donde la resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel recaída en el Exp. Nº 306-2004, dejó sentado el conocimiento actual señalando que el incremento del riesgo se revelaba en: «*(I) Una masiva afluencia de público al interior del negocio que administraba, y que rebasaba al parecer la capacidad de aforo del local, (II) La estructura del local que había sido cuestionado anteriormente por sus limitadas o inexistentes condiciones de seguridad, (III) La realización de un espectáculo con fuego, en estas condiciones, (IV) La constatación de una experiencia dañosa por parte de su coporecesado Ferreyros O'Hara quien se había herido con fuego, en uno de los ensayos previos*».

762 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/84, p. 259, ÍDEM, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 20.

763 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497: «El tipo no puede tomar en cuenta la actividad inconsciente ni siquiera *in bonam partem*».

764 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte* general, cit., p. 96.

765 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 305.

766 Cfr. ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 59, p. 73.

767 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 349; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código*

con ello solo se alude a lo que es *objetivamente previsible*[768]. Igual ocurre cuando al sujeto se le informa de una determinada situación de peligro, pero por error, distracción, esparcimiento, miedo o por descuido lo olvida y produce el resultado[769]. Como dice ROXIN: «No cualquier información que se ha recibido anteriormente sobre una persona o cosa se liga en adelante 'automáticamente' a su visión, sino que ha de haberse alcanzado un considerable grado de interiorización que solo el Tribunal ha de constatar»[770]. También ZAFFARONI señala: «El conocimiento es disponible porque es actualizable, pero no siempre es actual: se lo actualiza cuando se piensa en ello»[771]. Las circunstancias que el autor podía recordar, pero que no recuerda, al momento de realizar su acción, no forma parte integrante de la conducta dolosa ni de la imagen actual del hecho[772]. No puede equipararse la falta de adquisición de conocimiento con el hecho de que dicha adquisición haya sido posible mediante una actividad diligente o de control[773].

La ciencia penal no puede aportar de manera fidedigna y adecuada cuándo comienza a presentarse el llamado **conocimiento actual**. Dicha tarea compete desarrollarla a las ciencias empíricas como la psicología, la psiquiatría o la medicina que podrá aportar resultados valiosos o útiles, según el desarrollo científico en el que se encuentre o

---

Penal. Parte especial, cit., T. I, p. 70; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 143.

[768] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 71.

[769] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/23, p. 328; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/106, p. 472; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nºs 23 y 78, p. 39: «En un hecho contra la autodeterminación sexual, no basta con que la edad de la víctima le hubiera sido conocida antes, sino que la minoridad debe ser sentida efectivamente como cualidad de la víctima, lo que sería el caso, si el autor tiene una relación personal de mucha confianza con la víctima o si le interesa, al cometer el hecho, precisamente la minoridad de la víctima».

[770] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/111, p. 474.

[771] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497.

[772] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/74, p. 177; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 133: «No basta que se dé el conocimiento del dolo con que el sujeto pudiera recordar, haciendo un esfuerzo la concurrencia del tipo, v. gr., la edad de la víctima». HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 455, num. 1191.

[773] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 191.

según los procedimientos o metodología que se utilice. La dogmática solo puede fijar lo que tiene que ser objeto de ese conocimiento actual para que exista delito doloso[774].

a.2. El conocimiento concreto en el dolo

El mero conocer que se está realizando algo prohibido a partir de la peligrosidad estadística no basta ni es suficiente para el dolo[775]. Este conocimiento general no es el exigido por los tipos penales de resultado. Dicha característica es más bien la particularidad de los delitos de peligro abstracto.

El conocimiento abstracto o general de las consecuencias de determinadas acciones no es conocimiento del hecho típico[776]. No basta, por ejemplo, con el conocimiento de que se ha bebido de más y que se puede provocar un accidente. El conocimiento debe concurrir al momento de conducir un vehículo[777]. En muchas ocasiones, saber que se está realizando un comportamiento más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico no es suficiente para considerar que se está ante una conducta dolosa. También en los casos de la imprudencia consciente, el autor puede saber que está realizando una acción no permitida y que reviste cierta peligrosidad[778]. En realidad, lo que se conoce como imprudencia consciente supone el conocimiento del peligro abstracto no permitido que entraña el desarrollo de una acción o actividad.

Solo hay dolo cuando el autor tiene un conocimiento del **peligro concreto**[779] que se crea contra una persona o contra un bien jurídico y pese a ello se sigue actuando. Si solo se tiene un conocimiento estadís-

---

774 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 349.

775 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/100, p. 263, para quien lo que importa es: «el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular», ÍDEM, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., p. 27.

776 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/78, p. 178.

777 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/1, p. 310.

778 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 325.

779 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GOMÉZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativas en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 68; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 307; FEIJOO

tico o abstracto de lo que se va hacer todavía no estamos frente a un dolo de lesión. Es necesario que el conocimiento se vincule a una situación concreta, específica y a la afectación de un determinado bien jurídico. El peligro debe ser una **posibilidad real**[780]. En tal sentido, no basta con la acción peligrosa. Es necesario que se ponga en peligro un concreto objeto de protección. El conducir a alta velocidad por encima del riesgo permitido, todavía no constituye un dolo de lesión. Ello recién ocurrirá cuando manteniéndose la acción peligrosa típica, pone en peligro un específico bien jurídico.

En tal sentido, si solo se conoce la acción peligrosa, pero no se sabe que se está poniendo en peligro un bien jurídico la actuación se subsume dentro de los alcances de la imprudencia consciente, v. gr. si la persona arroja una colilla de cigarro al suelo sin ser consciente que cae en un material inflamable la provocación del incendio será a título de imprudencia. El autor debe conocer la **concreta capacidad de la conducta** para producir el resultado[781]. No importa el conocimiento de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular.

Sin embargo, en este punto debe destacarse que el peligro estadístico o abstracto en cuanto informa acerca de la aptitud lesiva del comportamiento obliga al autor a ser más cuidadoso o realizar actos de

---

SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 338; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 507. En la doctrina argentina: SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 200. En la doctrina italiana: ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/21, p. 441; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 187; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 192; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 324. Con reservas en la doctrina peruana: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 462, num. 1209. La jurisprudencia peruana ha hecho eco de este requisito. Por ejemplo, en la resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel, recaída en el Exp. Nº 306-2004, en donde expresamente se señala que: «*Se trata de evaluar en la situación concreta y con relación al agente, si su pronóstico concreto lo llevaba a la convicción de que no se produciría el resultado típico*».

[780] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/78, p. 178.

[781] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/100, p. 263.

control o de evitación de dicho riesgo que en otras palabras se traduce en evitar la realización del hecho[782].

En el dolo no basta un concepto amplio de conocer, sino que debe tratarse de un conocimiento de las circunstancia concretas, de tal manera que se pueda asumir en la consciencia datos o información presente.

b. La problemática del dolo eventual

b.1. El nivel del conocimiento en el dolo eventual

En el dolo eventual no es necesaria la intención o el propósito deliberado de lesionar el bien jurídico (dolo directo de primer grado). El sujeto no quiere cometer el delito[783], pues de otro modo habrá obrado con intención. Tampoco se cuenta con un conocimiento seguro de que la lesión se producirá de manera irremediable (dolo directo de segundo grado), sino más bien existe un conocimiento de la capacidad o la aptitud lesiva de la conducta respecto al bien jurídico, sin que se filtre algún elemento emocional. Se habla de una decisión por la posible lesión del bien jurídico[784].

El elemento característico del dolo eventual es que el resultado no se representa como seguro[785]. Hay aquí un actuar con inseguridad que muchos consideran como el caso típico o normal de conducta[786]. No se

[782] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 341.

[783] Cfr. SCHÖNEMANN, Bernd, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 100 y ss.; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/110, p. 192; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 658; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 418; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 329; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/87, p. 260.

[784] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/22, p. 425.

[785] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 71, p. 83; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/21, p. 441; MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., p. 23; SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 148.

[786] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 71, p. 83: «Solo una ingenua ceguera a la realidad o una desmedida sobrestimación

sabe si el resultado será la consecuencia inevitable y segura de la conducta realizada. Siempre hay un margen de incertidumbre y de duda. Sin embargo, es posible que se cuente con un conocimiento adecuado de la acción y el riesgo no permitido que se crea.

Asimismo, no es indispensable que el autor tenga conocimientos exactos, absolutamente fiables o que la realización del resultado sea inminente. No es necesaria la certeza de la lesión o del resultado, pues de ser así concurrirá la figura del dolo directo de segundo grado[787]. Solo basta que el autor tenga conocimientos, aun cuando los mismos sean inseguros[788].

El dolo eventual es compatible con el comportamiento en *estado o situación de duda*, en la medida que la duda no equivale a la ignorancia ni al conocimiento erróneo[789]. La duda es compatible con el conocimiento incierto de la situación que determina la realización de la acción. Empero, a veces la duda no basta para configurar el comportamiento doloso sobretodo cuando la ley reclama un conocimiento pleno y cierto de los elementos del delito[790].

Como destaca un sector cualificado de la doctrina en el dolo eventual hay una reducción tanto del elemento intelectual como del elemento volitivo, en la medida que no existe un conocimiento seguro ni el autor quiere completamente el resultado[791].

---

podrían conducir a tal *previsión segura*, el caso *normal es actuar con inseguridad*, como consecuencia de una incompleta información y de un dominio incierto de la causalidad».

787 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/20, p. 424; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., pp. 302 y 355.

788 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 301.

789 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 319; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 185; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 323; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 271. Expresamente en contra: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 514, para quien: «La duda del autor constituye un estado interno inaccesible al sistema jurídico y que, por tanto, carece de toda relevancia dogmática».

790 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 185.

791 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/4, p. 416.

b.2. El dolo eventual y el conocimiento del riesgo típicamente relevante

En el dolo eventual hay un conocimiento del peligro típico que se crea y de que este peligro no se encuentra controlado[792]. No todo conocimiento de una situación de peligro determina la imputación a título de dolo (eventual). Es necesario que se trate de un peligro jurídicamente relevante; o mejor dicho, de un riesgo prohibido por la norma[793]. La representación del riesgo permitido, por elevado que sea, no constituye ninguna modalidad dolosa de conducta. El sujeto decide seguir actuando a costa de provocar la realización del tipo[794], como consecuencia de un riesgo prohibido.

El dolo requiere, además, el conocimiento de la **concreta capacidad lesiva** de la conducta. No basta un peligro estadístico o general. Debe haber un pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso específico. El autor puede valorar el peligro estadístico, pero a la vez creer que el resultado no se va a producir[795].

No es indispensable que el sujeto desee o quiera producir un determinado resultado[796] o que el resultado se tenga como necesario[797]. Puede ocurrir que siendo consciente del peligro emprenda una acción apta para producir un determinado resultado, pero a la vez desee o tenga la esperanza que no se realice. Basta que se represente el peligro que la conducta se encuentra prohibida y que esta sea apta para lesionar al bien jurídico.

---

[792] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 171.

[793] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/32, p. 335.

[794] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 331.

[795] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/100, p. 269.

[796] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 305, p. 111; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/30, p. 386; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 65; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 129; QUERALT, Joan J., «El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 41.

[797] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/30, p. 386.

Incluso, es posible el dolo eventual, siempre que se entienda como conocimiento de la concreta capacidad lesiva de la conducta, con el hecho que el sujeto no quiera, no apruebe o no acepte internamente el resultado lesivo[798]. Por tanto, puede haber dolo eventual aun cuando no se desee el resultado o no se lo apruebe.

La demostración del dolo eventual debe tomar en cuenta los siguientes factores como: a) la no intencionalidad del resultado, de otro modo estaríamos ante un caso de dolo directo de primer grado; b) la previsión concreta del evento como consecuencia de la específica conducta ejecutada; c) la existencia de inseguridad o incertidumbre en la configuración del evento[799].

b.3. La creencia irracional de que el resultado no se producirá, ¿excluye el dolo eventual?

Uno de los principales problemas que deben resolverse a nivel de la discusión del dolo eventual y sus límites con la culpa consciente, es el tratamiento y calificación jurídica que debe darse al caso de la representación o conciencia del peligro apto para producir el resultado en el que hay, por parte del sujeto, una **confianza irracional o no fundada** en que el resultado no se producirá. Al respecto hay dos posturas:

Un primer planteamiento sostiene que la confianza aun irracional de que el resultado no se producirá elimina la posibilidad de dolo eventual y configura el tratamiento del hecho como culpa consciente[800]; aun cuando se funde en la mera superstición[801]. Sin embargo, se matiza este criterio señalando que en los casos que falte toda base objetiva el juez habrá de partir de la afirmación del dolo eventual[802].

---

798 Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 58.

799 Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 336.

800 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/100, p. 269.

801 Ibídem, p. 239, donde se señala que el juez no podrá partir de la superstición, salvo que existen pruebas que lo confirmen.

802 Cfr. MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., p. 32.

La segunda postura sostiene que la confianza irracional, no fundada o supersticiosa, deja subsistente el tratamiento de la conducta como dolo eventual[803]. Se plantea que la confianza irracional de que el suceso no se producirá, pese a los indicadores objetivos, más que una confianza respaldada por el ordenamiento jurídico constituye un mero deseo, jurídicamente irrelevante, o una mera esperanza[804]; que no es otra cosa que una actitud emotiva no apta para configurar el mundo exterior[805]. La motivación irracional de la conducta no elimina el conocimiento de la realidad[806]. Se enfatiza que el Derecho penal no puede tomar en cuenta para excluir el dolo eventual procesos irracionales, carentes de base objetiva que desnaturalizan la formación de la voluntad, pero que no eliminan la conciencia del peligro en la situación concreta.

Solo la confianza fundada desde el punto de vista objetivo, aunque sea errónea, de que el hecho no se producirá descarta la imputación de dolo eventual[807]. Se requiere aquí un sustento **objetivo mínimo**[808], un **fundamento racional** o, lo que es lo mismo, de una **confian-**

---

803 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/6, p. 315: «Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender como tal». SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, cit., p. 198.

804 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1995, p. 62; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 266; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 275; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memóriam»*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001, Vol. I, p. 1126; ÍDEM, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 426; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., pp. 53 y ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/61, p. 446, señala que en el dolo eventual no se puede anular el elemento *«pronóstico-irracional»*; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 500.

805 Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, cit., p. 275.

806 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 266.

807 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», cit., p. 1127; ÍDEM, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 426.

808 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 426; ÍDEM, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», pássim.

za objetiva razonable[809] de que el hecho no se producirá –ya sea por acción propia[810] o de terceros[811]– para que se entienda descartado el dolo eventual. Se parte de una valoración **objetiva-normativa**[812] y de la necesidad de establecer un límite objetivo a las posibilidades de confianza del sujeto[813].

La actuación con mera representación de la capacidad lesiva de la conducta sin que se añada nada más y aun cuando exista confianza irracional dejará subsistente el dolo eventual. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el sujeto tiene confianza respaldada basado en elementos objetivos de que el hecho no se producirá. Habrá aquí un error sobre la base de elementos objetivos (racionales) que convierten a la conducta en imprudencia (consciente). La confianza racional de que el evento no ocurrirá genera una situación de error[814].

Dicha confianza que se erige sobre una **base real-objetiva** puede fundarse en haber realizado una acción de evitación del riesgo prohibido, en la posibilidad inmediata de influir sobre el suceso, en la posibilidad de control o la entidad y magnitud del peligro[815]. La mera confianza en la buena suerte, en una corazonada[816], en que «no es mi día», «no creo que me toque», «tengo buena racha» no excluye el dolo eventual[817] y, por el contrario, es buen ejemplo de confianza irracional. Lo mismo ocurre cuando se deja al puro azar el desenlace de los hechos[818]

---

809 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 62; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 500.

810 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/27, p. 427.

811 Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, cit., p. 276.

812 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 426.

813 Así: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 62 y 99.

814 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 266.

815 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 62.

816 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 267.

817 Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, cit., p. 275.

818 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/27, p. 427; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 100; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 500.

y no se prevé, ni se toma –aunque sea como cálculo– alguna medida para impedir que el resultado se produzca.

Se establece así la siguiente relación: la confianza racional o, lo que es lo mismo, la confianza fundada en elementos objetivos, genera una situación de error (de tipo) y, por tanto, la configuración de la culpa[819], toda vez que el autor incorpora aspectos (errados) que se agregan a su conocimiento de la realidad. Cuando se trata de confianza sin respaldo objetivo o amparada solo en la buena suerte de los acontecimientos la calificación del dolo eventual subsiste[820], v. gr. no puede plantear una confianza racional de impedir un accidente de tránsito quien carece de la experiencia adecuada manejando un automóvil; o el que sabiendo manejar, por ejemplo, carece de conocimientos o experiencia de manejar un vehículo determinado (tráiler) en el que finalmente se produce un accidente de tránsito.

En comportamientos de intenso peligro o de máximo riesgo en los que no existe posibilidad alguna de control sobre las consecuencias de la acción[821] no puede hablarse de confianza, sino de mero deseo[822]. Aquí se está, de modo general, ante casos de dolo eventual.

b.4. La indiferencia respecto a si se produce o no el resultado, ¿constituye dolo eventual?

Una persona cuando actúa sobre la base del conocimiento de un peligro intenso o elevado no solo puede seguir adelante pese a confiar irracionalmente con que el resultado no se producirá, sino que lo puede hacer también por que pese a ser consciente del peligro el advenimiento del hecho típico **le es indiferente o le da lo mismo**[823]. La persona es aséptica al hecho y a lo que está sucediendo.

---

[819] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 267.

[820] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 427.

[821] Cfr. CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., pp. 53 y ss.

[822] Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 62.

[823] El diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la indiferencia como el: «*Estado de ánimo en que no se siente inclinación ni repugnancia hacia a una persona, objeto o negocio determinado*».

La indiferencia no debe confundirse con la temeridad o la imprudencia grave, pues en todos los casos de culpa hay un error en el conocimiento de la situación típica[824], mientras que en la indiferencia –desde el punto que aquí se aborda– hay un conocimiento real del hecho. En tal sentido, la indiferencia es una falta de interés frente a lo que ocurra o un desinterés respecto a lo que puede suceder o el desenlace que es posible que se genere[825]. Sin embargo, no debe pasarse por alto que también la indiferencia puede actuar como barrera impeditiva para el conocimiento de la actuación típica. En este caso no estamos ante una indiferencia frente al resultado, sino una indiferencia que no permite conocer adecuadamente la situación típica[826].

---

[824] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 266; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 54.

[825] La jurisprudencia penal peruana en la resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel recaída en el Exp. Nº 306-2004, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la *indiferencia* y su relación con el dolo eventual en el famoso caso de la discoteca Utopía señalando respecto a la responsabilidad penal del gerente general de dicha discoteca que: «*Por ello, al establecer la objetivación del límite del dolo frente a los indicadores previstos, coherente con los presupuestos de la teoría de la acción final, puede llevarnos a sostener que el «confiar» (de Percy North) en poder evitar un resultado solo sería voluntad de realización, excluyente del dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente en el curso de la acción misma. Pero esto no sucedió en tanto que el curso de la acción no fue dirigido plausiblemente a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, pues la voluntad de realización de llevar a cabo una conducta riesgosa contra el bien jurídico (optar por el funcionamiento de la discoteca sin contar con las medidas de seguridad y en atención a la gran afluencia de público que concurriría), aunado al incremento de un riesgo adicional (aceptar la ejecución de juegos con fuego como parte de las actividades recreativas), abarcó la realización del resultado total, tanto del objetivo principal (el funcionamiento de la discoteca) como de la idoneidad peligrosa a los bienes jurídicos de los concurrentes, de la conducta de Ferreyros O'Hara y las omisiones del propio procesado Percy North. Esta actitud evidencia* una absoluta indiferencia *por parte del procesado Percy North, ante la posibilidad relevante de un daño. Si hubiera tenido la convicción o la confianza en poder evitar daños representados, lo habría concretado con acciones u esfuerzos actuales y permanentes para su evitación. El procesado Percy North con su indiferencia o limitada aprehensión en las consecuencias de su omisión, sometió a los concurrentes a una situación altamente peligrosa que no tenía la seguridad de controlar. Ciertamente, no puede sostenerse, porque no fue materia de investigación, que haya querido directamente el resultado típico, pero tampoco tomó medidas serias para la eliminación del peligro. La afirmación de la aceptación del resultado se da cuando el procesado Percy North prefirió la realización de una conducta peligrosa a la evitación de sus lamentables consecuencias. Ergo,* dicha indiferencia podría encuadrar la imputación penal en el marco del dolo eventual».

[826] Vide JAKOBS, Günther, «Indiferencia como dolo indirecto», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, Vol. I, p. 358; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 78, p. 88.

Algunos autores plantean que actúa con dolo eventual quien *sin ningún escrúpulo* asume la posibilidad de producir una consecuencia cuya relevancia valorativa le es conocida o, incluso, cuando dichas consecuencias no han sido tomadas en cuenta en el caso concreto por ligereza de su actuación[827]. Por otro lado, se apunta que si se entiende al dolo como decisión por la posible decisión al bien jurídico, dicha decisión no debe entenderse en términos puramente psicológicos, sino normativos[828]; de tal manera que si alguien es indiferente a la producción del resultado debe concluirse que le da igual su producción o no. La decisión no debe entenderse en términos *reflexivos*, dado que ello es incompatible con la indiferencia que justamente es una **no reflexión**. En efecto, quien se representa la posibilidad de un resultado y no se desiste de ello se ha decidido ya en contra del bien jurídico[829].

Creemos, que el menosprecio al bien jurídico y la culpabilidad[830] es mucho mayor en la indiferencia que en otros supuestos de dolo eventual, pues el sujeto persiste en ejecutar a toda costa el objetivo final de su acción sin importarle ni tomar en serio la producción del suceso.

Por ello, se plantea que si el conocimiento de los hechos está probado no es necesario preguntarse sobre la actitud anímica del sujeto[831].

Se estima que la indiferencia es un indicio seguro y fiable para comprobar el dolo, en la medida que el sujeto se ha resignado al resultado. Sin embargo, no es válida la posición inversa, en el sentido que la

---

827 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 306, p. 111; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 358; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 307; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 151, aunque anteriormente en su misma obra (p. 149) haya señalado que: «La actitud de indiferencia, por sí misma, no es aún suficiente para integrar el elemento volitivo del dolo».

828 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/30, p. 429.

829 Loc. cit.; ÍDEM, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 171; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 358.

830 Al respecto, refiriéndose expresamente al dolo eventual: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321.

831 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 266.

falta de indiferencia (o cuando no se desea el resultado) permite sostener que no hay dolo[832].

Una postura original que aborda el tratamiento de toda forma de indiferencia es el sustentado por Günther Jakobs quien parte por señalar que el Código Penal solo regula una de las dos posibles causas del desconocimiento de la realización del tipo que son el propio desconocimiento o ignorancia de la situación típica; pero no la otra que es la **indiferencia**, la cual también debe incorporarse[833].

Sostiene que en muchos casos el informarse o conocer un hecho o una situación es indiferente para la decisión del autor, dado que él obra con plena indiferencia ya sea frente a los hechos o frente al derecho. La persona no conoce la realización del tipo sencillamente porque no está interesado, esto es, porque el hecho que debe ser objeto de su examen en ningún momento es relevante para su decisión[834].

En la determinación de que una persona ha sido indiferente en la realización del tipo, se debe verificar que el autor de un conjunto variado de cursos posibles se protege de aquellos en los que se ponen en juego (afectan) sus intereses[835]; los cuales tienen un significado individual o subjetivo. Cuando se quiere llevar a toda costa una determinada planificación al margen de los mandatos, fines e intereses del ordenamiento jurídico sin considerar la realización del tipo, la persona obra con indiferencia.

El tratamiento jurídico de la indiferencia sobre los hechos aparece muchas veces en las legislaciones como un tratamiento injustificado en cuanto a su indulgencia. La conclusión a la que llega el autor es la siguiente: el hecho de no asumir datos de fácil percepción como consecuencia de la indiferencia no puede implicar descarga de responsabili-

---

832 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/37, p. 432.

833 Cfr. JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», cit., pp. 348 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., cit., p. 517.

834 Cfr. JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», cit., p. 349.

835 Ibídem, p. 355.

dad; o en otras palabras «el desconocimiento derivado de la indiferencia, desconocimiento evitable de los datos que desde una perspectiva subjetiva son irrelevantes para la decisión, no es un error y no provoca una descarga de responsabilidad»[836].

c. La prueba del dolo

c.1. Alcances de la prueba del dolo

La toma de postura acerca de los elementos estructurales del dolo incide directamente en las reglas del procedimiento y las pruebas a utilizar[837]. Por tanto, si se asume un punto de vista *cognitivo*, la decisión o la voluntad no son algo que deba demostrarse en el proceso. Solo debe acreditarse el conocimiento[838].

La prueba del dolo es una tarea dificilísima[839] y altamente insegura[840], más aún cuando corresponde a un elemento interno no perceptible

---

[836] Ibídem, p. 357.

[837] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 305. De modo distinto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 465, num. 1218, quien postula para la delimitación del dolo eventual los distintos criterios elaborados por la doctrina.

[838] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 305.

[839] Cfr. en la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 353. También: MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, 22/13, p. 380; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/127, p. 199; HASSEMER, Winfried, «Los elementos característicos del dolo», en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 144; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 154: «Los contenidos de la conciencia ajena no son accesibles por percepción directa, por ello, su comprobación se encuentra principalmente con dificultades». MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 317 y 334; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 278; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 650; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 310; MONER MUÑOZ, Eduardo, «El dolo y su control en el resurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 139. Con razón, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», cit., p. 252, sostiene que: «*los problemas de prueba se plantean cuando existe un hecho difícil de constatar*»; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 14. Vide también la encomiable sentencia expedida por la Sala Penal Nacional del 23 de noviembre de 2007 recaída en el Exp. Nº 039-2006. El Tribunal

por los sentidos[841] y que se agrava cuando se piensa en los casos en los que el acusado guarda silencio[842] rehúsa a cooperar[843], señala que no conocía las circunstancias concurrentes del hecho[844] o simplemente no se ha desarrollado una investigación adecuada para delimitar el ámbito de información efectivamente conocida por el autor en el caso concreto.

La problemática se incrementa aún más cuando se considera que, incluso, las confesiones en las que el autor reconoce que ha actuado dolosamente se debe tomar de modo reservado, tanto por el peligro de las falsas confesiones[845] como por el hecho que en la actual configuración del proceso penal la confesión ha dejado de ser la reina probatorum.

Para constatar el dolo, el juzgador debe acreditar que el autor conocía todos los elementos del tipo objetivo y que no se encontraba inmerso en algún error de la realidad típica. La discrepancia entre la representación mental y el tipo lleva a excluir el dolo.

El único camino y remedio para determinar el conocimiento del autor es acudir a las **máximas de la experiencia**[846] y a la **prueba de**

Supremo español en reiteradas sentencias ha señalado que: «*El juzgador ha de realizar una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción de que hubo dolo* [eventual]».

840 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIX, Madrid, 1986, p. 404.

841 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/127, p. 199. En la doctrina italiana: PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 191; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 278; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 353.

842 Cfr. VOLK, Klaus, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, p. 413; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 154.

843 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/127, p. 200.

844 Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 154; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 8/127, p. 200; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/62, p. 447, quien señala que la declaración del acusado carecerá de la trascendencia decisiva, condicionada por su táctica procesal.

845 Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 4, Lima, 2003, p. 159.

846 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/42, p. 448; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 190; MANTOVANI, *Diritto*

indicios o indicadores objetivos[847] y a una deducción sobre la base del suceso objetivo[848]. Los aportes de la ciencia psicológica en este ámbito se consideran limitados[849].

---

penale. Parte generale, cit., p. 335; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 278; MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Entre el homicidio y las lesiones», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 5, Lima, 1995, p. 205; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal», en *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005, p. 149: «Las máximas de la experiencia no son una presunción –incondicionada o no– de que en determinado tipo de comportamiento concurre siempre dolo, sino que requieren un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación al caso concreto, de modo que al dato genérico o probable [se] añade el específico o cierto».

[847] La Corte Suprema de Justicia en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 724-2005, del 19 de mayo de 2005, ha señalado que: «*Los hechos internos como el dolo y demás elementos subjetivos se infieren a partir de indicadores externos, en este caso de las palabras proferidas por el agente*». Cfr. SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», cit., p. 109; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», cit., p. 414; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/61, p. 447; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 154; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 40; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 305; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida. Dolo eventual, relación parricidio-asesinato», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 410; HAVA GARCÍA, Esther, «Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores», en *Anuario de Derecho Penal 2003 (Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano)*, Lima, 2003, p. 145; PÉREZ DEL VALLE, «Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal», cit., p. 143; LAURENZO COPELLO, Patricia, «Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 425, nota 11; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 305; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 310; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 15; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 66; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 142; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 12. Críticamente: HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», cit., p. 159. Expresamente en contra: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., cit., p. 485, para quien los indicadores no dependen de criterios externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva jurídico-penal. En esta misma línea: CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, Vol. I, p. 75.

[848] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 154; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 147 y 152; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 331; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334.

[849] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/12, p. 318: «Hasta ahora no se pueden determinar reglas psicológicas que a partir de datos, todos subjetivamente evidentes e importantes, permitan deducir una consciencia».

c.2. El dolo y el deber de motivar las resoluciones judiciales

La discusión sobre el dolo, independientemente de la perspectiva que se asuma, pasa necesaria e ineludiblemente en el terreno procesal por una adecuada motivación en la resolución judicial, ya sea cuando se lo afirma y sostiene o cuando se lo niega (v. gr. concurrencia del error de tipo). El juez debe explicar de modo necesario el tipo subjetivo, esto es, debe dar razones de por qué considera una conducta como dolosa[850], realizando una rigurosa actividad probatoria tendiente a determinar su estructura, como prueba de cargo[851]. Ello se debe a que el dolo es un elemento constitutivo del tipo penal[852] que tiene un peso por lo menos igual a cualquier otro elemento del delito, y, en particular, del tipo penal.

Respecto a la acusación el dolo no representa un elemento de inferior importancia en orden a su demostración procesal[853]. Incluso, se llega a sostener que tratándose del criterio principal y más severo de imputación, las exigencias de justicia material reclaman que una correcta política de derecho (en especial, la judicial) obligue a la acusación –y por tanto, al convencimiento del juez– a su acreditación del modo más riguroso posible[854].

La acreditación del dolo pasa por el siguiente camino: a) el juez debe probar los hechos o indicadores objetivos de los que se infiere el comportamiento intencional o doloso (conocimiento del peligro concreto); b) se debe demostar por qué los indicios más que ser meras conjeturas o sospechas permiten inferencias absolutamente racionales

---

[850] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», cit., p. 273; MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el resurso de casación», cit., p. 146; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 69. En la doctrina peruana: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 75.

[851] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 69.

[852] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 313; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 512.

[853] Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334.

[854] Por todos, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/41, p. 448.

o compatibles con las máximas de la experiencia que prueban el dolo y descartan la culpa; c) se debe motivar o explicitar el proceso racional que lleva a mostrar cómo el juez entiende que se ha probado este elemento subjetivo[855].

La prueba del dolo no solo debe producirse en los casos límite y fronterizos cuando se plantea la diferencia entre dolo y culpa, sino también cuando se trata de catalogar la clase del dolo concurrente en el caso concreto, v. gr., si se trata de dolo directo o de dolo eventual[856].

No constituye motivación suficiente para la prueba del dolo, o de cualquier elemento subjetivo, el afirmar que el conocimiento –o en general el dolo– se infiere claramente, o de manera inequívoca, de la diversas circunstancias del hecho. El órgano judicial debe dar acabada cuenta y explicitar en qué consisten efectivamente dichas circunstancias. Ello, incluso, en los casos aparentemente más obvios. No se acepta tampoco, por tanto, la motivación implícita o la motivación por remisión, ya sea que el juez se remita a la acusación o a la resolución incidental que resuelve, por ejemplo, la excepción de naturaleza de acción en donde justamente se alega la falta del elemento subjetivo.

c.3. Los indicadores objetivos que permiten la delimitación fáctica entre dolo e imprudencia

La doctrina y la jurisprudencia comparada han elaborado una serie de indicadores que permiten establecer la concurrencia o no del dolo determinando si está presente o no en la situación dado el conoci-

---

855 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 407.

856 Así, por ejemplo, en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 938-2005, del 16 de mayo de 2005, expedida por la Sala Penal Permanente, se ha señalado que se está ante un homicidio simple con dolo directo y no eventual cuando: «*En tanto que el resultado muerte y lesiones se produjo como consecuencia de los disparos que, en el marco de una agresión mutua, se efectuó en dirección de los agraviados y con conocimientos de los resultados que la utilización de un arma de fuego traían consigo, que el imputado, desde luego, era consciente del peligro concreto que generaba su acción, conocía la conducta que llevó a cabo y sus consecuencias, pero no solo eso sino que tales consecuencias eran buscadas de propósito por él, constituían su meta, no de otra manera se explica los disparon que efectuó en dirección a los agraviados, las circunstancias del hecho, el medio utilizado y la zona del cuerpo que fue afectada, acreditan esa conclusión*».

miento del autor[857]. Es posible que desde la perspectiva de ciertos datos y circunstancias objetivas pueda inferirse conclusiones para afirmar o negar el dolo[858]. Ello permite también elaborar la distinción entre dolo e imprudencia.

El juzgador debe tomar en cuenta en la medida de lo posible todos los indicios (indicadores) concurrentes[859], que nunca son cerrados[860], debe evaluar todo el curso de los acontecimientos[861], valorar un **cúmulo ordenado** de indicadores[862], o, por lo menos, los más relevantes que

---

857 Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal», cit., p. 143; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 357.

858 Cfr. SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», cit., p. 109; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/59, p. 444.

859 En este sentido: PÉREZ DEL VALLE, «Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal», cit., p. 155; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 208; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/48, p. 439; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 146. En la doctrina italiana: PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 190; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197; CANESTRARI, Stefano, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 4, Lima, 2003, p. 89; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 331, quien señala que el órgano judicial debe tener en cuenta todas las circunstancias que puedan asumir un valor sintomático a fin de acreditar el dolo. Vide también la resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel recaída en el Exp. Nº 306-2004.

860 Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 150; CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 89; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 208.

861 Cfr. ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 173.

862 Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 144 y 148; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 305. Críticamente: HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», cit., p. 159. La resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel recaída en el Exp. Nº 306-2004, ha inferido el dolo luego de una valoración global de los indicadores en el famoso caso de la sentencia Utopía señalando que: «*Estas circunstancias eran de conocimiento actual por parte del procesado Percy North. Él era consciente [de] que el riesgo era incrementado al proceder a contratar a Ferreyros O'Hara con la finalidad de realizar juegos manipulando fuego. En tal sentido, conoció la potencialidad dañosa de la conducta a desarrollar por la persona contratada. No corrigió su elección de los medios, pese las indicaciones realizadas por el Instituto de Defensa Civil en el Informe Técnico número cero noventa guión dos mil dos guión SRDC obrante a fojas mil seiscientos siete - mil seiscientos once, su fecha treinta de abril de dos mil dos, en tanto: (I) No*

le permitan alcanzar la convicción positiva o negativa respecto a si la persona actuaba o no con dolo. La valoración de los indicadores supone, como es lógico también, la ponderación de los contraindicadores[863] que deben obtenerse de la situación de peligro dada[864] o de las características externas y sociales del comportamiento del sujeto[865]. Se debe evitar la consideración aislada de un sólo indicador[866]. Veamos:

---

habilitó la discoteca con extintores en una cantidad necesaria que hubiese prevenido amagos de incendio producido por cualquier motivo [cortocircuitos, colillas de cigarro, etc.]. (II) No estableció un plan estratégico de contingencia que le permitiese prevenir incendios al interior del local o prevenir consecuencias contra el bien jurídico de los concurrentes en caso se suscitase el incendio. (III) No habilitó las luces de seguridad de las puertas de emergencia. (IV) No habilitó las bombas contra incendios al interior de local, con la respectiva capacitación de los empleados de la discoteca ante una contingencia de incendio. (V) No habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas. (VI) Permitió la manipulación de fuego como eventos esporádicos para incentivar los ánimos de los concurrentes, (VII) Permitió que el día de la fiesta «ZOO» la discoteca recibiera un número mayor de personas que las que debía albergar [capacidad aproximada para mil personas, en tanto que por versiones del procesado Ferreyros O'Hara se señala que el día de los hechos luctuosos concurrieron aproximadamente mil quinientas personas], razón por la que las puertas de emergencia estuvieron obstruidas por mesas y sillas adicionales, en el momento que debía llevarse a cabo la evacuación, lo que lleva colegir que no dirigió el curso de su acción hacia la evitación de la consecuencia accesoria. Y (VIII) Se desistió de continuar los trámites de la licencia de funcionamiento de la discoteca».

[863] Cfr. ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., pp. 174 y 179; ÍDEM, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/62, p. 447, quien alude a la *ponderación general y controlada de los indicios*, HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 145 y 154. La jurisprudencia peruana ha valorado una serie de contraindicadotes, por ejemplo, para descartar la tentativa de homicidio, señalando que: «*Al comprobarse que el inculpado solamente buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron, el tipo de arma utilizada y no originar su muerte, debe absolvérsele de la acusación de tentativa de homicidio*» [*la sentencia recaída en el Exp.Nº 597-97 del 5 de junio de 1998 emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaraz*], vide ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2005, p. 88.

[864] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 335; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 335, para quien las circunstancias que ayudan a acreditar el dolo no pueden ser apriorísticamente determinadas por el Derecho positivo.

[865] Cfr. CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 82. De modo distinto: ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 404.

[866] Cfr. ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 178; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 148 y 127: «Una teoría del dolo esquemáticamente objetivada solo puede ser exacta cuando el indicador externo representa completamente aquello que precisamente debe reflejar, cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción [....]».

i. En primer lugar, se encuentra la *poena naturalis* que es una amenaza para el autor o para las personas estimadas por él[867]. Dicha amenaza supone que el autor por la comisión del delito puede también ser lastimado al igual que la víctima[868]. El perjuicio puede ser directo o indirecto, inmediato o mediato, material o afectivo (rompimiento de la relación amorosa)[869]. En algunos casos puede consistir en una sanción informal que implique la pérdida de prestigio social o profesional. Las consecuencias nocivas pueden recaer también en una persona cercana al autor, v. gr. esposa, hijo, padres.

   Esta pauta no debe ser exagerada en su importancia ni tiene validez en toda situación. En efecto, no toda acción que carece de peligro para quien lo realiza debe entenderse automáticamente como una conducta dolosa, ni toda acción en la que viene configurada una situación de peligro excluye la imputación a título de dolo, v. gr. los conductores suicidas. No es posible aceptar que todo delito que genere perjuicios al autor (*poena naturalis*) sea equiparable a un delito imprudente[870].

ii. En caso las personas se acostumbren a un determinado riesgo (**habitualidad del riesgo**)[871] normalmente se produce un error al considerar que el peligro se mantiene como algo lejano[872] o solo

---

[867] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/5, p. 313: «En la imprudencia el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo que incluso él puede resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio». ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/23, p. 426; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510.

[868] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/23, p. 426, quien señala que en ocasiones la persona podría ser la primera víctima de su comportamiento.

[869] Cfr. ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 174.

[870] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 360.

[871] Cfr. SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», cit., p. 108; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/31, p. 334; CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 87; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 309. Con reservas: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/55, p. 440, quien lo considera un indicio rígido, SANCINETTI MARCELO, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, p. 206.

[872] Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 309.

como un riesgo estadístico[873]. Los ciudadanos se acostumbran ya sea basado en su experiencia, a que por lo regular no pase nada o no suceda ningún resultado nocivo en una circunstancia dada[874]. En el caso de ciertos ámbitos sociales la infracción de deberes de cuidado no genera por lo común consecuencias dañinas contra los bienes jurídicos, v. gr. tráfico viario. La habitualidad del riesgo genera una sensación falsa de seguridad y una pérdida de inhibiciones y miedos[875].

Se produce aquí una situación de error habida cuenta que las personas creen, sobre la base de un peligro frecuente sin resultado y de la repetición de las acciones por los diversos intervinientes en ciertas actividades, que se está ante casos de riesgo permitido o un riesgo que se puede controlar en cualquier momento.

Sin embargo, ello no quiere decir por las experiencias en ciertos sectores de la actividad social que en todos los supuestos los comportamientos van a ser imprudentes. En tales casos deberá ponderarse la naturaleza de la acción, la gravedad de los deberes infringidos, la intensidad del peligro y el contexto situacional. Asimismo, debe dudarse de la aseveración de que el sujeto se ha acostumbrado a una vida especialmente peligrosa y que cree que las otras personas también se han acostumbrado al peligro[876].

iii. Otro factor indiciario es la **inminencia de la lesión y la magnitud del riesgo**. La inmediatez del resultado o la cercanía del peligro respecto a la lesión del bien jurídico lleva a considerar que el comportamiento es doloso; y se excluye por lo general, la ignorancia o el error[877]. La inminencia del riesgo facilita la consideración y el conocimiento (previsión) del resultado[878].

---

[873] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/31, p. 334.

[874] Loc. cit.

[875] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 361.

[876] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/31, p. 334.

[877] Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510.

[878] Vide la encomiable sentencia expedida por la Sala Penal Nacional, del 23 de noviembre de 2007, recaída en el Exp. Nº 039-2006: «*La creación del peligro típico* era de un evidente

Lo mismo ocurre cuando se crea un riesgo marcadamente elevado para el bien jurídico[879], sea este o no inminente. Las posibilidades de lesión aquí son muy altas. En la determinación de la **gravedad del peligro** ingresa a tallar la intensidad o la repetición de la acción, (v. gr. golpe fuerte en el cerebro; apuñalar tres o más veces en el pecho), los **medios comisivos empleados, su clase, dimensión y características**[880] (v. gr. utilizar una metralleta, golpear el cráneo con un hacha), el modo de **ejecución del hecho** (v. gr. herir a la persona aprovechando que se encontraba dormida)[881], **la reiteración o repetición del ataque**[882]

---

conocimiento para los agentes, el alto riesgo que supone para la vida el empleo de corriente eléctrica sobre el cuerpo de una persona, forma parte de los llamados conocimientos mínimos». El caso tratado consistía en la tortura y muerte que produjo el personal del ejército a un poblador de un pueblo de la selva mediante descargas eléctricas sucesivas e intensas.

[879] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/29a, p. 333; ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 172, aunque con importantes matices. En la doctrina italiana: FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 331. En la doctrina española: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 651; MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., p. 32; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510, quien señala que el indicio más relevante es el grado de peligro; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 134.

[880] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 41. Con reservas y reparos: GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida. Dolo eventual, relación parricidio-asesinato», cit., p. 411; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 67 y 70, quien, sin embargo, correctamente advierte de la necesidad de ser cauteloso respecto a inferir el dolo del tipo o clase de arma: «Del tipo de arma utilizado lo que se puede inferir con toda certeza es que se trata de instrumentos idóneos para producir la muerte, pero también, evidentemente para producir las lesiones que el autor produjo en el caso concreto. Que, por ejemplo, el autor utilizó una navaja y asestó con ella un certero golpe en el corazón de la víctima eso no es más que la evidencia de unos hechos. Que la intención del autor, también en ese caso, fuera la de matar, eso, que es precisamente lo que hay que demostrar, no se infiere sin más de tales hechos».

En ocasiones la potencialidad lesiva del arma deberá valorarse con las posibilidades que tiene el autor de acceder a otro medio de agresión, pues a veces el uso del arma responde a que es la única posibilidad que tiene el agente –en las circunstancias dadas– de cumplir con su objetivo.

[881] Cfr. CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 90.

[882] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 214, quien precisa, con razón, que este indicador no puede absolutizarse, sobretodo cuando el autor reitera el ataque pero con la misma intención lesiva.

La ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3526-2005, del 19 de diciembre de 2005, infiere el dolo homicidio del «*número de lesiones causadas [tres heridas punzocortantes], la zona*

(realizar tres disparos contra el cuerpo de la víctima)[883] etc. Quien dispara una bala a la cabeza de su enemigo o apuñala en el pecho difícilmente puede invocar que la víctima sobreviva[884]. La jurisprudencia peruana[885] y comparada enfatiza, por ejemplo, en la apreciación o no del homicidio valorando la zona o región corporal a la que se dirigió la acción agresiva, su vulnerabilidad y si se trata de un órgano vital o no[886]. Igual ocurre cuando el arma que se usa posee una indiscutible potencialidad homicida o que se utiliza a breve distancia de la víctima[887]. No es necesario que el ataque se encuentre preordenado o tenga un cálculo previo, dado que puede tratarse de disparos o cuchilladas a diestra y a siniestra.

---

comprometida [región subclavicular derecha, región para esternar derecha y en la cara interna superior del muslo derecho] –que incluso necesitó una intervención quirúrgica y de hospitalización conforme se aprecia de la historia clínica– el arma empleada».

[883] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 33.

[884] Cfr. HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», cit., p. 151; ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 188.

[885] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3480-2004, del 16 de diciembre de 2004, que infiere la voluntad criminal «ya que la la lesión inferida fue de necesidad mortal: exposición de intestinos» y que descarta la alegación de la defensa que la muerte se produjo como consecuencia del inoportuno auxilio médico.

[886] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 41; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 143; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 208.

[887] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 335; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 68. La jurisprudencia peruana ha negado la concurrencia de error de tipo cuando el disparo se produce a corta distancia (dos metros), así por ejemplo en la ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº 292-2004, de fecha 11 de junio de 2002, se señala: «El protocolo de autopsia antes citado concluye que el disparo se efectuó desde una distancia de dos metros aproximadamente, no siendo razonable que a una distancia tan cercana se pueda errar en el tiro teniendo en consideración que la detonación se efectuó con una pistola, asimismo en el citado certificado se concluye que como consecuencia del disparo el agraviado sufrió una hemorragia masiva que tarda aproximadamente 15 a 20 minutos en terminar en colapso circulatorio por shock hipovolémico y de haberse prestado ayuda al herido tal vez se le hubiese podido salvar la vida, además de aplicársele las medidas necesarias, conclusión que contrasta con la versión de los encausados en el sentido que abandonaron al agraviado en el lugar donde se produjo el disparo porque fueron en busca de ayuda, por cuanto fueron intervenidos en el camino hacia el caserío de Nueva Esperanza y no hacia la comisaría de Osmia» (Vide CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia Penal*, T. I, p. 71).

En este contexto resulta muy útil y un valioso indicador la **teoría de la probabilidad**[888]. Sin embargo, debe valorarse este indicador con mucha precaución sobre todo cuando el autor ha considerado mal la entidad del peligro o no ha percibido el riesgo inherente a su acción[889].

La ponderación global del suceso también deberá tomar en cuenta la mayor o menor visibilidad del suceso por el agente, la proximidad espacial del objeto, etc.

Normalmente se cita como casos de comportamientos dolosos el asestar a la víctima una puñalada en la espalda, el aplastarla con el vehículo contra la pared de la casa, el apuñalar en el hemitórax izquierdo, el perforar la pared abdominal y el intestino delgado, el dar patadas a la cabeza de un bebé en periodo de consolidación[890], el asestar cinco puñaladas acompañadas de palabras en donde se revela el ánimo homicida[891], golpear en la nuca con un candelabro pesado a una mujer de 84 años[892]. Se pondera también el tipo de arma, la intensidad del ataque y la zona del cuerpo al que este se dirige[893]. Se afirma, con razón, que el karateca que propina a un niño pequeño un golpe en la cabeza obra con dolo de homicidio[894]. En estos casos difícilmente puede hablarse de la existencia de una confianza que permita descartar el dolo. Lo mismo ocurre cuando se propina una serie de cuchillazos en el pecho o cuando se prende fuego a una casa habitada[895]. En ambos casos se es consiente del riesgo de muerte.

---

888 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/43, p. 435, quien habla de indicio esencial y que actuar en contra de la representación de la probabilidad predominante supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334.

889 Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 142.

890 Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 648.

891 Cfr. MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el resurso de casación», cit., p. 151.

892 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/69, p. 451.

893 Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 152.

894 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/23, p. 328.

895 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 23, p. 39.

Si bien la gravedad del peligro debe tomarse como un indicio del dolo, ello no quiere decir que dicho peligro sea un requisito de la conducta dolosa o que una vez que se compruebe su concurrencia automáticamente existe dolo, sin probar si hubo o no un real conocimiento del peligro[896]. También puede haber dolo en los casos en los que el peligro no es de gran intensidad y en los que hay solo una posibilidad de producir el resultado, siempre, claro está, que se haya desbordado el riesgo permitido[897].

iv. El título de la responsabilidad subjetiva se ve condicionada por el hecho de que el autor haya aplicado **medios o haya interpuesto acciones con el fin de impedir el resultado**[898] o ha intentado

---

[896] Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 511.

[897] Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, cit., p. 208.

[898] Vide la sentencia expedida por la Sala Penal Nacional del 23 de noviembre de 2007, recaída en el Exp. Nº 039-2006: «Para aplicar las descargas eléctricas sobre el cuerpo de la víctima no emplearon ni tuvieron el cuidado de contar con un profesional médico para controlar la fuente de peligro ni otro elemento que objetiva o racionalmente pudiera sustentar una hipótesis en los agentes de que no se esperaba la producción del resultado fatal. Antes bien, sin ningún control persistieron en aumentar la intensidad y/o contacto de la corriente eléctrica con el cuerpo de la víctima»-. La resolución de fecha 24 de noviembre de 2004, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel, recaída en el Exp. Nº 306-2004, en el famoso caso del incendio y muerte de la discoteca Utopía, ha precisado respecto a la voluntad de evitación que: «Consideramos que, por la propia versión proporcionada por el procesado Percy North Carrión, la voluntad de evitación del riesgo no se llegó a plasmar porque le resultaba costoso al procesado implementar las medidas de seguridad que el Indeci le había señalado como obligatorias para iniciar sus actividades comerciales, en tanto se había sobrepasado en un treinta por ciento del monto de la inversión destinada a la implementación del local [...]. Esta actitud evidencia una absoluta indiferencia por parte del procesado Percy North, ante la posibilidad relevante de un daño. Si hubiera tenido la convicción o la confianza en poder evitar daños representados, lo habría concretado con acciones u esfuerzos actuales y permanentes para su evitación» (considerando décimo octavo y décimo noveno). Luego esta sentencia señala: «Por ello, la sala considera que Percy North Carrión, aunque reconoció la posibilidad de la producción de un resultado accesorio lesivo contra el bien jurídico vida o integridad física de los concurrentes a la discoteca, no hizo esfuerzos relevantes que pudiesen evitarlo, pese al incremento de un riesgo adicional [juegos con fuego al interior de la discoteca], no siendo por ello admisible el argumento del 'error sobre la evitabilidad del resultado', en la medida que no se le puede adjudicar una valoración errónea de su capacidad para impedir el resultado típico y por ende la 'omisión de buena fe' en tomar las precauciones requeridas, en razón que dicho argumento habría sido válido siempre y cuando Percy North Carrión hubiese incrementado su capacidad para impedir el resultado típico (por ejemplo: proveer por lo menos a la discoteca de uno o dos extintores por piso, capacitar al personal para prevenir incendios o para contrarrestarlos, lo que implica hacerles de conocimiento de los instrumentos que contaba la discoteca para apagar un amago de incendio, etcéte-

mantener el riesgo bajo control, no dejándolo a su suerte o en manos de tercero[899]. Aquí tiene sentido la teoría del *peligro protegido*[900] (Herzberg) o la *voluntad de evitación* (Armin Kaufmann)[901] que se aplica aún en los casos en los que el autor puede evitar las consecuencias por intermedio de otras personas como el instrumento, el cómplice o un coautor[902]. En sentido contrario, cuando el autor deja en manos del azar la configuración del resultado actúa dolosamente[903].

Su valor no puede absolutizarse sobre todo en los supuestos en donde se cree que se producirá un desenlace airoso[904] o cuando la persona considera que existe un riesgo leve, razón por la cual cree que es muy difícil que el resultado se concrete y no interpone nin-

---

ra]. Hecho que nunca se dio conforme se ha expuesto en líneas precedentes, por el contrario, conocía su falta de capacidad para evitar el resultado y, a pesar de ello, siguió actuando, produciéndose el hecho dolosamente, aunque no deseara su producción».

[899] Cfr. SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», cit., p. 102; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», cit., p. 419; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/45, p. 437, quien lo considera un importante indicio, pero por sí solo refutable. CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 58, considera que este criterio ha dejado de sostenerse como «*criterio autónomo*»; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 510; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 310.

[900] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 171: «El dolo eventual presupone necesaria y suficientemente que la voluntad del autor se dirija a la creación de un peligro tanto no permitido como no controlado». ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/59, p. 444, quien considera que la absolutización de este punto de vista no puede convencer.

[901] Vide KAUFMANN, Armin, "El dolo eventual en la estructura del delito", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XIII, Madrid, 1960, p. 185.

A esta teoría se le critica, entre otros aspectos que si el autor tuviera una auténtica voluntad de evitación, evitaría la consecuencia por una vía radicial: omitir el curso de la acción mismo, vide SANCINETTI, *Teoría del Delito y Disvalor de la Acción*, cit., p. 193.

[902] KAUFMANN, Armin, «El dolo eventual en la estructura del delito», cit., p. 198.

[903] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., p. 100, KAUFMANN, Armin, "El dolo eventual en la estructura del delito", cit., p. 197; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 55.

[904] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/45, p. 437; HAVA GARCÍA, «Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores», cit., p. 137.

guna maniobra de evitación[905]. Lo mismo ocurre en el caso donde el autor ejecuta acciones de evitación, pero paralelamente es consciente que dichas acciones son insuficientes incluso para controlar el riesgo y pese a ello, sigue adelante[906]. Se señala que, en todo caso, la realización de maniobras de evitación lo único que puede descartar es el dolo directo[907], pero no el dolo eventual entendido como conciencia del peligro concreto. Pese a todo, se descarta el dolo cuando la persona como consecuencia de las acciones de control o de evitación que realizó, estaba segura que no lesionaria el bien jurídico[908].

v. Un indicador no muy fiable, pero que en ocasiones es útil, es el que repara en la **relación emotiva o anímica** del autor con el resultado o con la víctima[909], v. gr. odio, resentimiento, cólera[910], discusión previa, desafío anterior, enemistad grave, disputas anteriores, intenso grado de tensión entre los contendientes[911]; o en el interés que tenga en el resultado[912].

Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia comparada estima dudosa la presencia de un comportamiento doloso cuando en el sujeto concurre una excitación pasional[913] o hay un previo

---

[905] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/29, p. 332.

[906] Por todos, HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 123, quien remarca que esta posición lleva a tratamiento desiguales e injustos en la medida que: «Quien no disminuye un riesgo insignificante debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquel que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado solo se le puede imputar a título de imprudencia». JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/29, p. 332.

[907] Cfr. SANCINETTI, *Teoría del Delito y Disvalor de la Acción*, p. 193.

[908] Cfr. KAUFMANN, "El dolo eventual en la estructura del delito", cit., p. 195.

[909] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; CANESTRARI, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», cit., p. 86.

[910] Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 153.

[911] Vide GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 67, nota 95.

[912] Cfr. HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», cit., p. 151; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197.

[913] Vide JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/13, p. 318; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 498: «En estos casos no siempre se actualizan todos los conocimientos en la conciencia».

consumo de alcohol o drogas, sustancias que de manera indiscutible pueden disminuir la imputabilidad y con ello atenuar la pena[914]. Se alude que en los estados pasionales falta la conciencia de las circunstancias durante la ejecución de la acción. Por ejemplo, el autor no se acuerda de lo que ha hecho.

Sin embargo, frente a una práctica peligrosa en cuanto a las generalizaciones se recuerda la necesidad de ponderar cada caso concreto y sus circunstancias específicas. En particular, en el supuesto de consumo de alcohol o de drogas donde se desarrollan efectos desinhibitorios como consecuencia de dicho acto, la ingesta puede conducir a que el autor considere con indiferencia la producción del resultado[915], actuando con ello dolosamente. También se afirma que en estos casos el estado de ebriedad o el consumo de estupefacientes no debe llevar de manera general y automática a sostener o a negar el dolo[916]. Es necesario evaluar en su integridad el hecho concreto. Empero, se puede partir de que el trastorno psíquico no afecta muchas veces la inteligencia, la capacidad para comprender el peligro o el conocimiento de la situación concreta[917]. Con todo, ciertas enfermedades psíquicas pueden influir en no comprender la peligrosidad concreta de la conducta, v. gr. la madre oligofrénica que da a su hijo en un corto lapso de tiempo varios biberones llenos de agua y leche puede que no comprenda que está realizando un acto de matar.

Por su parte, en los estados pasionales no está excluido el conocimiento de la situación, a lo sumo hay un escaso control de los impulsos o en el peor de los casos una falta de recuerdo que tiene que ver más con la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) que con el dolo. Como dice ROXIN: «*Quien actúa por impulsos pasionales, el mismo ve a la víctima, ve su arma, y quiere y ve lo que hace con ella; si*

---

914 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 25, p. 40.

915 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/70, p. 451.

916 Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 191.

917 En sentido similar, CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 58.

no no tendría éxito el homicidio» [918]. Empero, no puede negarse que hay casos en donde debido al alto grado de excitación, el sujeto ve reducido profundamente el ámbito de su conciencia[919], o que existan situaciones que bloquean su conocimiento[920].

vi. Hay que analizar también escrupulosamente el comportamiento anterior o posterior al hecho del autor[921], v. gr. llamar a la policía, entregarse a las autoridades, auxiliar a la víctima, conducirla a un hospital[922], etc. Sin embargo, se debe reparar en que la conducta *post delictum* es un indicio que no es unívoco[923] o del que puede obtenerse una conclusión definitiva. En ese sentido, el acto posterior realizado por el autor (v. gr. avisar a un médico) puede entenderse no como el rechazo de un resultado, sino como una conducta de arrepentimiento activo[924] o que el alejamiento del lugar de los hechos responde a una actitud de huida consciente de la trascendencia y gravedad de los hechos[925].

Otro indicio que lleva a sostener la presencia del dolo es acompañar a la acción una serie de palabras e interjecciones que revelan

---

[918] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/112, p. 476.

[919] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/13, p. 318.

[920] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497.

[921] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 190; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334.

[922] Realiza una valoración positiva: ROXIN, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», cit., p. 183.

[923] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198.

[924] Vide CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 59. Esta es la posición asumida, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia en la ejecutoria suprema, recaída en el Exp. Nº 2564-2003 del 1 de diciembre de 2003, donde se señala: «*Que de otro lado, si bien el certificado del dosaje etílico de fojas 286 determina que el acusado se encontró en estado de ebriedad, no es menos cierto que ello no alteró su conciencia total ni parcialmente, por la forma cómo se desarrolló el evento delictivo, teniéndose en cuenta las múltiples lesiones corporales de la agraviada, ocasionándole inclusive la fractura del sexto y séptimo arco costal a nivel de la cara externa de parrilla costal izquierda y la actitud posterior de conducir a la víctima hasta el hospital, que se explica como un acto de arrepentimiento de haber consumado el hecho delictivo, por lo que, devienen inantendibles los agravios del recurrente*».

[925] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 68; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 143.

la intencionalidad[926], v. gr. te voy a matar, muere bastardo, la repetición de su pronunciamiento, los insultos[927], etc.

El comportamiento doloso subsiste aun cuando el resultado tarde o demore en producirse. Por ejemplo, hay homicidio simple cuando el sujeto hiere mortalmente a la víctima y esta muere horas después[928].

Debe descartarse de plano que en la acreditación del dolo ejerza algún papel los antecedentes[929] o la personalidad del reo[930], pues lo que se trata en el proceso penal es imputar hechos y no analizar personalidades[931]. Tampoco es posible admitir como indicador la valoración del fin que persiga el autor[932].

2. El error

Si el artículo 14° del Código Penal excluye el dolo por falta de conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, de dicha premisa se infiere a contrario sensu que el dolo requiere el conocimiento de estas circunstancias[933].

Según el mencionado artículo, cuando el error es vencible el hecho se castigará como delito imprudente, en caso exista la figu-

---

926 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", cit., p. 418; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 208.

927 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 208.

928 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 456, num. 1196.

929 Cfr. HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», cit., p. 147.

930 Cfr. CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 57.

931 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 364; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octubre de 1983», cit., p. 57.

932 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 364. En contra: SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», cit., p. 107.

933 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 315.

ra penal correspondiente[934]; en cambio, si el error es invencible la consecuencia será la atipicidad y la subsiguiente impunidad de la conducta.

En efecto, no existe dolo cuando hay un error en uno o en todos los elementos del tipo objetivo, situación que genera una falsa o errónea representación en el autor[935]. El error de tipo constituye una inadecuada percepción de la realidad o la divergencia entre el suceso real y lo que se ha representado el autor que excluye el momento cognocitivo del dolo[936]. En estos casos se decide ejecutar el comportamiento, pero no se conoce que se está realizando el tipo penal o uno de los elementos del tipo. De allí que se exija como regla de que el autor conozca las circunstancias concretas del hecho que se corresponde con la descripción del tipo penal[937].

---

[934] La jurisprudencia peruana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el error de tipo vencible en el delito de homicidio en la ejecutoria suprema, recaída en el R.N. del Exp. Nº 2398-2004, del 22 de octubre de 2004, señalando que: «*Con fecha cuatro de mayo del año dos mil dos, siendo la una y media de la tarde aproximadamente, Luis Juan Yupanqui Lino y Carlos Petter Arévalo Salaverry salieron de cacería de San Antonio - Puerto Inca, departamento de Huánuco, llevando consigo el primero de los mencionados una escopeta de caza, calibre dieciséis, sin marca y sin número de serie, que siendo las ocho de la noche aproximadamente, Luis Juan Yupanqui Lino cazó un majas –animal silvestre– habiendo realizado un disparo con la escopeta que portaba, que ante ello, decidieron seguir cazando y cuando retornaba de la quebrada, refiere haber observado los ojos de un tigre, motivo por el cual efectuó un disparo que impactó en su compañero Carlos Petter Arévalo Salaverry, causándole la muerte. Tercero.- que estando a la forma como sucedieron los hechos, el encausado ha actuado evidentemente en error de tipo vencible, que la mejor doctrina señala 'que cuando el autor con la debida diligencia, hubiera podido conocer los hechos y evitar el error, el delito deberá ser sancionado como culposo, si está previsto como tal en la ley', cosa que ocurre en autos, pues creyendo erróneamente disparar sobre un animal de presa lo hizo sobre la víctima, su compañero de caza, por lo que corresponde atenuar la pena y graduarla como homicidio culposo, en aplicación además del artículo décimo cuarto del Código Penal. Cuarto.- que asimismo, de autos se advierte que no existe móvil alguno ni antecedentes fácticos que puedan fundamentar un homicidio doloso, y que las aparentes contradicciones que vierte el encausado a lo largo del proceso son periféricas del tipo penal que le corresponde, y que además se explican por su estado psicológico luego de ocurrido el evento* [...]».

[935] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 340; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 133.

[936] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 186.

[937] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., p. 278.

El error de tipo es un error sobre las circunstancias fácticas del hecho o el desconocimiento de un factor que condiciona la relevancia típica de la conducta[938].

Como en tantas otras categorías de la Parte General del Derecho penal el homicidio ha contribuido a moldear y definir con precisión los principales supuestos especiales de error de tipo como:

i. ***Error in personam*** (error en el objeto) aquí debe distinguirse los supuestos en los que un objeto de acción posee una protección especial[939] de aquellas hipótesis en donde la persona objeto de protección tiene igual protección de quien se quiso atacar. Si bien en ambos casos nos encontramos frente a hipótesis de error sobre la identidad solo el último caso es el analizado.

   Puede suceder que el agente quiere matar a Tertius pero por las circunstancias de tiempo o lugar (oscuridad, problemas de vista, etc.) confunde la identidad y mata en su lugar a Justus. La persona confunde la identidad de su víctima, pero acierta en la ejecución del hecho. La doctrina prevaleciente resuelve el problema considerando al error como irrelevante, de tal modo que se priva de consecuencias jurídicas respecto a la calificación de la responsabilidad del sujeto activo, toda vez que la conducta ha cumplido con realizar los elementos del tipo objetivo que consiste sencillamente en «matar a otro»[940]. Se trata de un simple error en los motivos[941].

   Ciertamente, la ley no prohibe matar a Juan, a Pedro, o a Tertius o Justus; sino la prohibición de matar es impersonal. Basta el dolo, independientemente si logra identificarse correctamente el objeto de acción.

---

[938] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, cit., nº 19, p. 34.

[939] Vide más ampliamente lo apuntado sobre el parricidio.

[940] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/132, p. 271; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 365; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 481, num. 1265.

[941] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 333.

ii. *Aberratio ictus* (error en el golpe): en este supuesto el autor no tiene un error en la percepción; sino que yerra en la dirección del ataque. Mientras en el *error in personam* se «percibe mal», en el *aberratio ictus* el agente sabe lo que hace pero «yerra en su ejecución». Existe un doble error: por un lado, la agresión fracasa respecto al objetivo buscado; y, por otro, se afecta a una persona que el autor no había buscado con su acción[942].

En la hipótesis descrita el autor se desvía en su ejecución y es por esta característica que la doctrina contemporánea le otorga un tratamiento benigno y privilegiado, considerando la **tentativa de homicidio en concurso con homicidio culposo** en la medida que los objetos tengan la misma significación jurídico-penal[943], v. gr. *A* quería matar a *C* pero por su inexperiencia en el uso de las armas alcanza a *B*, matándolo.

La calificación de la conducta depende en estos casos del concepto del bien jurídico que se maneja. Si se parte de un concepto impersonal o abstracto del bien jurídico (vida, salud, etc.) la solución será estimar irrelevante el error y estaremos frente a un delito consumado. Sin embargo, si se parte de la consideración del bien jurídico como **objeto real o empírico** que porta ciertas características específicas no será relevante el error sobre la identidad de la víctima, pero sí el error respecto a la dirección del ataque en la que se arremete, por ejemplo, contra una persona, pero en la que se termina lesionando o matando a otra que se encontraba a su lado[944]. Ello puede ser consecuencia de la poca pericia para manejar armas, del movimiento de la víctima que hace que se falle en el dis-

[942] Ibídem, p. 335.

[943] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/144, p. 493; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/132, p. 271; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 103; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 142; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. III, pp. 327 y ss. En contra: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 109; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 154; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 209; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 478, num. 1257.

[944] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 336; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/138, p. 273.

paro, de la particular posición física o ambiental del autor o porque alguien empujó o golpeó la mano del agresor. En efecto, en estos casos el ataque doloso no se dirigió contra el concreto y específico bien jurídico dañado, sino contra otro de similar valor.

La *aberratio ictus* debe distinguirse de aquellos supuestos en los que el autor es consciente y conoce de manera concreta el riesgo de afectar (matar), por ejemplo, a la persona que se encuentra al lado de su objetivo. Aquí habrá un dolo alternativo: intención de matar a la víctima y conciencia del peligro concreto (dolo eventual) de matar al acompañante[945]. El tratamiento jurídico del caso será el de un homicidio consumado en concurso con tentativa de homicidio simple[946].

No se está ante un supuesto de *aberratio ictus* cuando, por ejemplo, el autor dispara a una muchedumbre o a un conjunto de personas sin importarle a quien mata. Aquí la identidad de la víctima no tiene trascedencia para el autor del hecho; de allí que la calificación jurídico- penal deberá ser la de homicidio consumado[947].

iii. **Error sobre el proceso causal** por el cual se quiere causar el resultado pero por otra vía.

Por un lado se distingue, según el proceso causal, que excluye la imputación objetiva del resultado por la ruptura de la relación de riesgo con la conducta. Este es el supuesto del famoso caso de quien queriendo matar hiere a su víctima que fallece en la ambulancia que los transportaba al hospital. Aquí falta la imputación objetiva del resultado por lo que no puede aplicarse el delito de homicidio simple consumado. Para muchos, se está más ante un problema de error o de falta de dolo, que ante una cuestión que atañe al tipo objetivo[948].

---

[945] Vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/148, p. 493; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 478, num. 1258.

[946] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/149, p. 494; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 478, num. 1258.

[947] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/150, p. 494; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 479, num. 1259.

[948] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/136, p. 488; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/134, p. 271; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 475, num. 1249.

Por otro lado, se encuentran los casos en los que subsiste (o no se excluye) la imputación objetiva. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el error sobre el curso causal es irrelevante en la medida que el resultado que se provoca se encuentra dentro de las consecuencias regulares del riesgo que se crea, v. gr. no se puede alegar error cuando se dispara a un metro de distancia y la muerte se produce por la perforación de los pulmones y no por la destrucción del corazón. Pedro quiere matar de cinco disparos a Juan, pero este fallece producto de una septicemia generalizada por las heridas provocadas[949]. El peligro creado por la acción puede, por lo general, producir el resultado de la manera concreta que aconteció.

Tampoco se está ante un error en el curso causal cuando luego de iniciar la acción homicida el autor se encuentra en un estado crepuscular, un delirio de sangre o en una situación de inimputabilidad[950]. El caso es distinto, empero, si el autor ingresa a dicho estado antes del inicio de la tentativa del hecho[951].

El error será relevante cuando el modo de ejecución influya en la calificación del hecho o en sus circunstancias relevantes[952], v. gr. una persona ataca a otra creyendo que se encontraba despierta y consciente, pero en realidad se encontraba dormida. En este caso habrá error que tornará inaplicable la agravante de alevosía.

Se discute en la doctrina los casos del llamado ***dolus generalis*** por el cual el sujeto cree erróneamente haber realizado el resultado con la primera parte de su acción cuando en realidad se efectúa con la segunda parte de su comportamiento, que según el plan del autor serviría para ocultar o borrar las huellas del delito (v. gr. una persona golpea a otra fuertemente dejándola inconsciente, creyéndola muerta arroja el cuerpo al mar, lo entierra o finge un suicidio).

Un sector de la doctrina penal resuelve este caso inclinándose por la calificación de tentativa de homicidio en concurso con ho-

---

[949] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335.

[950] *Loc. cit.*

[951] *Loc. cit.*

[952] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/135, p. 272.

micidio imprudente[953], distinguiendo los casos si la muerte posterior es previsible o no[954]. Otro sector mayoritario, al que nos afiliamos, se inclina por calificar y tratar estos casos como homicidio consumado[955], distinguiendo en este ámbito los supuestos como: a) el autor luego de su primera acción se arrepiente y realiza actos de evitación de la muerte de su víctima y pese a todo realiza la segunda acción creyendo que la persona ya estaba muerta, causando, empero, recién la muerte y b) el autor despliega simplemente su actuar delicitvo. Se reconoce aquí la posibilidad de calificar al hecho como tentativa de homicidio en concurso con homicidio culposo[956].

La Corte Suprema de Justicia del Perú cuando resolvió un caso ha señalado que: «*En consecuencia se ha acreditado que el comportamiento del procesado el día de los hechos consistió en agredir a la agraviada y al sumirla en estado de inconsciencia, puesto que esta se desmayó producto de los golpes, tras lo cual aprovechando su estado de indefensión le amarró al cuello una soguilla levantándola y soltándola por el balcón de la vivienda en donde domiciliaban, le ocasionó la muerte*». Como es visible este pronunciamiento judical aborda un caso cercano al *dolus generalis*, aunque no parece ser consciente de la problemática, ni exploró con detendimiento la intencionalidad del autor[957].

IX. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el homicidio se aceptan, sin mayor esfuerzo, las principales categorías que informan la autoría y participación. Ello es necesario, toda vez que en los delitos de sangre lo común es el concurso de varios agentes en la acción de matar, ya sea en la calidad de autores o partíci-

---

953 Ibídem, p. 272, nota 104; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 367.

954 Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/135, p. 272, nota 104.

955 Vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 337; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/159, p. 499; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 478, num. 1262.

956 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 12/161, p. 500.

957 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 4554-2005, de fecha 12 de abril de 2006.

pes. El delito, y particularmente el homicidio, no suele ser cometido de manera individual y aislada, sino que requiere, comúnmente, del concurso, de dos o más personas con el objeto de ejecutar o colaborar en el delito.

La autoría en el homicidio puede realizarse según las distintas modalidades recogidas en el artículo 23° del Código Penal: como es la autoría inmediata (el que realiza «por sí»), la autoría mediata (el que realiza «por medio de otro») y la coautoría (los que cometen el hecho conjuntamente). Si bien la praxis nos muestra como manifestaciones más cotidianas de la autoría tanto a la autoría inmediata como a la coautoría, es preciso que detengamos nuestra atención en un asunto conflictivo y de interés indudable para el intérprete, como es en la modalidad de la autoría mediata. Ella presenta casos prácticos interesantes que pueden ser tomados en cuenta:

1. El ejecutor actúa sin realizar el injusto (tipo y antijuridicidad)

i. Se actúa sin realizar el tipo objetivo: aquí se presenta el supuesto de la conducta del ejecutor que no cumple con el «matar a otro», v. gr. X obliga a Y a matarse. Aquí X responde por homicidio y no por suicidio.

ii. Se actúa sin realizar el tipo subjetivo: en esta hipótesis faltaría el dolo o un elemento subjetivo distinto al dolo, lo cual deja intacta la responsabilidad del hombre de atrás, v. gr. X médico pretende matar a su hermana quien se encuentra internada en el hospital. A tal efecto entrega a la efermera Y una dosis mortal de veneno haciéndole creer que se trata de un eficaz antibiótico.

iii. Se actúa lícitamente o de manera autorizada: aquí el ejecutor encuentra su conducta autorizada por un precepto permisivo, actuando objetiva y subjetivamante conforme a Derecho. Sin embargo, lo importante es destacar la ilicitud de la conducta del hombre de atrás que emplea una situación amparada jurídicamente con el objetivo de alcanzar sus propósitos delictivos (homicidas).

2. El ejecutor actúa sin culpabilidad

i. Actuación por un inimputable: ya sea que se trate de un menor de edad o de un orate. Aquí lo decisivo es producir el estado de inimputabilidad (ebriedad) o aprovecharse de él (menor de edad) para perpetrar el ilícito (homicidio), conservando, en cualquier caso, el dominio final del hecho, v. gr. X entrega a un menor de edad un arma para que produzca la muerte de *Y*, hijo de su vecino.

ii. Actuación en error de prohibición: en esta hipótesis, el hombre de atrás debe causar ese error, o en su defecto aprovecharse de él, para concretar su designio criminal (homicidio), v. gr. *A* hace creer a *B* que se encuentra ante un caso de legítima defensa, con el fin de lograr la muerte de *C*. Se debe señalar que solo los casos de error de prohibición invencible disipan las dudas acerca del concurso de la autoría mediata; mientras que los casos de error de prohibición vencible resultan altamente controvertidos engendrando solo una forma de participación.

iii. Actuación por coacción: en estos casos se obliga mediante una intimidación grave a perpetrar una conducta criminal (homicida) bajo la amenaza de lesionar un bien jurídico de igual valor, v. gr. X obliga a Y a disparar sobre Z para salvar la vida de su hijo. En todo caso si bien la autoría mediata es indiscutible en el caso descrito, se debe tener en cuenta la modalidad e intensidad de la amenaza como el bien jurídico que se pretende salvar y el desarrollo psíquico del intermediario.

En el homicidio, así como se acepta sin mayores reparos la autoría en sus diversas modalidades, cabe la posibilidad de admitir participación delictiva en sus variadas formas como la inducción (artículo 24° CP) y la complicidad (artículo 25°) tanto en la modalidad de la complicidad primaria (artículo 25°, inciso 1) y la complicidad secundaria (artículo 25°, inciso 2).

La doctrina penal discute acerca de la calificación penal que debe recibir quien en la realización del homicidio ayuda a otro en la consumación del ilícito **sujetando** o **tomando** a la víctima, ya sea, por ejemplo, para que la mate de un disparo o logre apuñalar. En la solución de

esta problemática la doctrina española se encuentra en un relativo acuerdo, reconociendo aquí la existencia de una **complicidad primaria** (cooperación necesaria), dado que el aporte constituiría una actividad no relevante para el tipo y porque además es posible castigar al sujeto con la pena del autor sin necesidad de convertirlo en coautor[958]. Se afirma que quien en un delito de homicidio, o de lesiones, toma, sujeta o agarra a la víctima facilitando a otro la consumación, contribuye en la configuración del ilícito, mas no pone en riesgo con su actuar, al bien jurídico protegido de la manera exigida por la ley, sino que solo se ayuda esencialmente a que otro perpetre el ilícito. Según este criterio la conducta de quien sujeta es un ejemplo tradicional de cooperación necesaria (artículo 25° primer párrafo).

Sin embargo, desde nuestra perspectiva esta posición resulta sumamente estrecha y equivocada. Creemos que el comportamiento de quien sujeta, toma o agarra a la víctima para que otro realice la acción de matar es un caso de **coautoría**, pues se trata de una contribución relevante y esencial que se presta en la fase ejecutiva del delito. Ambos codominan el hecho, uno sujetando y el otro realizando la acción de matar. Sin la contribución del primero el delito no hubiese podido perpetrarse. Si bien es cierto que quien sujeta no mata o no realiza la acción típica del verbo rector, constituye un aporte significativo, propio de la distribución de funciones, idea principal en la coautoría[959]. De otro modo, se reduciría de manera inexplicable e infundada el concepto de autor, y en especial los alcances de la coautoría, en favor de la participación. Solo se podría ser coautor cuando se efectúa de manera conjunta actos de matar como disparar o apuñalar. No se tendría en cuenta que dentro del plan criminal, que puede ser preordenado o circunstancial, cada uno de los intervinientes desarrolla una parte del hecho y solo cuando convergen las contribuciones es posible consumar el delito.

Los casos de complicidad en el homicidio están dados por la colaboración o facilitación de los medios o instrumentos como por el adies-

---

[958] HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 500.

[959] PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 219 y ss.

tramiento de las formas de cómo se pueden cometer. Quien presta las armas, alcanza el cuchillo, prepara la bomba, muestra el lugar por donde la víctima pasará o lleva con engaños a esta hasta el homicida o le informa dónde se encuentra, realiza el comportamiento típico de complicidad primaria o cooperación necesaria. La complicidad en el homicidio admite también la configuración del error de tipo[960].

La instigación también es posible en el delito de homicidio. Por el principio de responsabilidad subjetiva el instigador solo responde hasta donde alcanza su dolo. El exceso de los ejecutores materiales no se transmite al instigador[961].

X. TENTATIVA

La doctrina reconoce a la tentativa en el homicidio como un estadio anterior a la consumación, más aún si se trata de un delito de resultado.

El fundamento de punición de la tentativa en el homicidio se basa en la puesta en peligro a la vida humana (artículo IV del Título Preliminar del CP.) que es el bien jurídico protegido en el tipo *sub exámine*. Asimismo, el castigo se funda en la voluntad criminal expresamente contraria a la vida y con ello al ordenamiento jurídico.

Si la tentativa se ubica dentro de la preparación y consumación, constituyendo una fase intermedia, es necesario que el agente comien-

---

[960] La jurisprudencia peruana ha señalado al respecto que: «Ha de ser absuelto el inculpado como cómplice del delito de homicidio, quien ayudó a arrojar los restos de las víctimas, en tanto no tuvo conocimiento que el contenido de los sacos contenían los cadáveres, ni se ha demostrado fehacientemente que conocía que estaba ayudando en dicha conducta ilícita» (vide ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, *Código Penal. 10 años de jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 80).

[961] La jurisprudencia peruana ha establecido en este ámbito que: «*Los acusados instigaron a los menores, a fin de que dieran muerte al agraviado, siendo esto así, resulta de aplicación el artículo veinticuatro del Código Penal, por el cual se reprime como autores del hecho punible al que determina a otro a cometerlo. (...) que, si bien es cierto que los menores refieren haber actuado con crueldad con la víctima, también lo es que el acusado, en su condición de autor mediato, solo debe responder en la medida que el hecho principal concuerde con su intención (dar muerte a la víctima), no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los menores, pues en el momento que estos ejecutaron el delito ya no tenía dominio sobre el hecho, con lo que su conducta solo configura el delito de homicidio simple*».

ce a ejecutar el homicidio que decidió perpetrar pero no logró consumarlo (artículo 16°).

Queda excluida de sanción, al no constituir ni siquiera tentativa, la «voluntad de acción condicionada», por la cual el sujeto duda si va a ejecutar o no su conducta. En estos casos existe una indecisión que es insuficiente para consolidar la resolución homicida, v.gr. el supuesto de quien no se decidió a utilizar el arma contra una persona.

El dolo, el elemento o tipo subjetivo en la tentativa, no es un dolo disminuido o recortado respecto al delito consumado. El tipo subjetivo se encuentra ya completo en el «tipo imperfectamente realizado» (tentativa). Se sostiene, de modo correcto, que en la tentativa el disvalor o el ilícito de la acción está plenamente realizado.

En la configuración de la tentativa se debe partir en principio del plan del autor (teoría subjetiva) valorándose también la necesaria inminencia y proximidad del peligro que se cierne sobre el bien jurídico a tal efecto debe tenerse en cuenta las acciones enjuiciándolas en su sentido social[962] como a los sucesos que «se encuentran en la zona inmediatamente anterior a la realización de un elemento del tipo (matar)[963]. En el homicidio la tentativa está marcada por el «comienzo de la ejecución»: esto es, por el comienzo de la acción de matar (tentativa inacabada), la cual se mantiene incluso cuando los actos ejecutivos se agotan, pero el resultado todavía no se alcanza o produce (tentativa acabada o delito frustrado).

Constituirá tentativa el sustraer el arma del cinto para disparar, el apuntar con un rifle, el abalanzarse sobre la víctima con un cuchillo, el acelerar la velocidad para atropellar a la víctima, el tomar el macetero para arrojárselo sobre la cabeza. Sean cuales fueren los supuestos imaginados lo importante es destacar la elevación sustancial del peligro sobre el bien jurídico como la inmediatez temporal y el riesgo especial contra el bien jurídico vida.

---

[962] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 32.

[963] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 708.

Se considera tentativa acabada cuando el autor luego de efectuar un disparo no continúa realizándolos pese a tener balas en el revólver[964] o cuando no repite el golpe pese a que puede hacerlo[965]. La Corte Suprema de Justicia del Perú consideró como tentativa (acabada) la acción del marido de: «*comprar gasolina y rociarla en el cuerpo de la víctima con ánimo de incendiarla, hecho que no se consumó por la oportuna intervención de los vecinos que lograron reducirlo quitándole los fósforos*»[966].

Por mandato obligatorio de la ley que elimina, a nuestro concepto incorrectamente, cualquier facultad del juez, la tentativa determina la obligatoria disminución de la pena (artículo 16° CP concordado con el artículo 4° del Título Preliminar CP). Asimismo, la ley declara la impunidad de la tentativa inidónea ya sea por ineficacia absoluta del medio empleado o por absoluta impropiedad del objeto de la acción (artículo 17°). Se admite también en nuestro sistema el desestimento voluntario (desiste continuar la acción) y el arrepentimiento activo (impide que se produzca el resultado), categorías jurídicas reguladas en el artículo 18°.

En el Perú constituye una permanente práctica jurisprudencial la recepción de un viejo e irracional «cáncer consumativo», por el cual la tentativa de homicidio es desplazada y dejada de lado por la subsunción de la conducta en el tipo de lesiones.

Se cree, de manera errada, que la calificación de un delito consumado (lesiones) ofrece una garantía de mayor severidad en la pena respecto a la figura de la tentativa. El hecho por no haberse perfeccionado en la consumación ofrecería supuestamente mayor lenidad en la imposición de la pena. Sin embargo, la lectura de la disposición legal y el sentimiento de justicia nos aconsejan lo contrario.

Ello en virtud a que si «bien la ley obliga a una disminución prudencial de la pena», esa disminución no es precisamente por

---

[964] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 41.

[965] Vide MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», cit., p. 214.

[966] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. N° 890-2004 de fecha 12 de noviembre de 2004, en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006, T. I, p. 127.

debajo del mínimo legal, sino que puede mantenerse dentro de los parámetros mínimo y máximo establecidos en cada precepto, v.gr. 6 y 20 años en el homicidio, 15 años a más en el parricidio y 35 en el asesinato.

XI. LA REPARACIÓN CIVIL. EL PERJUDICADO

La doctrina penal y civil es unánime en distinguir en los delitos de homicidio la condición de sujeto pasivo con la de perjudicado o agraviado del delito[967]. La noción de agraviado comprende a toda aquella persona que haya sufrido un daño como consecuencia de la comisión del delito de homicidio[968].

La reparación civil en el homicidio no se restringe a los casos en los que se llega a la consumación del hecho, es decir, a las hipótesis en los que la persona muere. Por el contrario se extiende a los casos de tentativa en los que por la angustia y el temor provocado ante la posibilidad de perder la vida en manos de una tercera persona se ocasiona un daño psicológico que merece ser resarcido[969]. Y ni qué decir cuando estamos frente a un caso de tentativa acabada que produce heridas o daños materiales en la integridad o los bienes de la víctima.

En el homicidio se pueden conjugar los tres aspectos de la indemnización de daños y perjuicios como es el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. La indemnización no puede valorar única-

---

[967] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 52.

[968] Ampliamente, CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, pássim.

[969] En contra: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1039, quien afirma que: «En un delito de homicidio en grado de tentativa en que el sujeto no ha conseguido herir a su presunta víctima, no dará lugar a que se pueda reclamar responsabilidad alguna por el concepto en cuestión». Este criterio pasa por alto, de modo clamoroso, la posibilidad de exigir la responsabilidad civil sobre la base de la producción de un daño moral, independientemente de si se ha producido o no un daño material a la víctima como es la producción de una herida. Vale recordar aquí que lo verdaderamente importante en la fijación de la reparación civil es el daño real y efectivamente causado y no su naturaleza o clase. Es indiferente si el daño es físico o psicológico.

mente el daño producido, que se manifiesta en la muerte (*daño emergente*), sino ha de contemplar el desamparo y la desprotección en las que se sume a la familia cuando se le priva de su único medio de sustentación (*gastos de desamparo*) y los gastos que el funeral genere (*gastos de funeral*), como tampoco puede dejar de sopesarse el daño moral en el sentido de aflicción y angustia al que se expone a los deudos por la pérdida de un ser amado[970].

Es necesario diferenciar el daño moral de los gastos funerarios (sepelio, funeral, misa, testamento, etc.) y los gastos de desamparo, relativo al conjunto de personas que dependían del occiso. Estos gastos no son sino daños patrimoniales indirectos que trae consigo la producción de un delito (homicidio). Los daños morales se restringen al **doloroso vacío,** al desconsuelo que deja el fallecimiento de un ser querido o, como indica la sentencia del Tribunal Supremo Español del 22/11/1993, «por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, esto es por el *doloroso vacío*»[971]. Es indudable que el denominado daño moral tiene una notable base y repercusión psicológica que se manifiesta en una sensación de *angustia, preocupación, inquietud, descrédito, tristeza o melancolía.*

El daño civil indemnizable no depende de la calidad de la víctima ni de su condición como hombre recto o ciudadano ejemplar. La muerte injusta de un delincuente prontuariado o de una persona de conducta inmoral (v.gr. prostituta) acarrea también la indemnización de daños y perjuicios[972]. Ella no está reservada solo a una clase de hombres, sino a todos los ciudadanos que pueden recibir algún tipo de daño derivado de la comisión de un delito[973].

---

[970] La ejecutoria suprema del 27 de agosto de 1954, correctamente declaró que: «La reparación civil en el caso del homicidio culposo debe establecerse teniendo en consideración los gastos efectuados por los deudos de la víctima realizados para salvarle la vida y prestarle la debida atención, así como los gastos ocasionados por el sepelio de la occisa y la posición económica del autor del hecho delictivo».

[971] Ampliamente, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al., *Comentarios al nuevo Código Penal,* Aranzadi, Pamplona, p. 567.

[972] Cfr. CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito,* cit., passim.

[973] Cfr. QUINTERO OLIVARES, et al., *Comentarios al nuevo Código Penal,* cit., p. 568.

Una cuestión arduamente discutida en la doctrina es la naturaleza jurídica de la indemnización por causa de muerte o por la comisión de un homicidio. Un sector doctrinal afirma que la reparación civil (indemnización) se transmite en base a un derecho sucesorio que nace con el evento mismo de la muerte y que va a parar, finalmente, al patrimonio de los herederos. La reparación civil se transmitiría de una persona (causante) a otra (heredero). Este parece ser también el criterio asumido por la segunda parte del artículo 96° del Código Penal cuando declara que: «*El derecho a exigir la reparación se transfiere a los herederos del agraviado*». Se asume por la ley que en caso de muerte, en el que se incluye al homicidio, el agraviado (el occiso) transmite a sus herederos el derecho de exigir la respectiva indemnización.

Por su parte, otro criterio prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia comparada, con sumo acierto viene planteando que el derecho a la indemnización no surge de la transmisión sucesoria sino que constituye un derecho propio (*ex novo*) que emerge de la comisión del homicidio y cuyos titulares legítimos son los que sufren el daño moral o en su caso el daño moral indirectamente económico.

La razón que se esgrime es que la víctima del homicidio no puede adquirir la titularidad de la acción dirigida a plantear dicha responsabilidad y al no poderla adquirir, no está en situación de transmitirla a sus herederos[974]. La víctima al fallecer de manera instantánea no llega a poseer en ningún instante el derecho a ser indemnizado por lo que mal se haría en pretender plantear una transmisión hereditaria[975]. No se puede transmitir lo que no se tiene ni adquiere.

Si el difunto no adquirió el derecho en vida no puede transmitirlo a sus herederos con la muerte. En estos casos se confunde de manera clamorosa el derecho sucesorio, que solo puede transmitirse cuando se lo ha adquirido en vida, con la causación ilícita de la muerte que genera una obligación de exigir la reparación solo a quienes se les ha producido un daño. El perjuicio que se resarce en el homicidio no es tanto la muerte

[974] Así: CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, cit., T. II, p. 592.

[975] Cfr. MONTES PENADES, VICENTE, *Comentarios al Código Penal de* 1995, T. I, p. 605.

de la víctima en sí, sino el daño efectivo que se causa a los familiares o a terceros a raíz de la producción de la muerte[976]. De ello se deduce que *«no todo heredero es un perjudicado, ni todo perjudicado es un heredero»*[977].

Para que un heredero pueda reclamar la indemnización por daños y perjuicios primero tiene que acreditar que ha sufrido un daño efectivo o al menos debe inferirse de los hechos. De no ser así la indemnización de daños y perjuicios, como forma de reparación, perdería su esencia. Bastaría el parentesco para que inmediatamente se acceda a ella, no siendo necesaria la comprobación de un perjuicio. Se terminaría por trastocar las bases mismas de la reparación civil, sustituyéndose la imprescindible causación de un daño por el requisito formal del lazo familiar. Se pasaría clamorosamente por alto que no siempre un heredero recibe un daño resarcible con la comisión de un homicidio al causante.

---

976 Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, cit., T. II, p. 592.

977 Vide GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 52; QUINTERO OLIVARES, et al., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 569.

CAPÍTULO III
EL PARRICIDIO

Artículo 107°.-

«El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años».

I. GENERALIDADES

«Si el criminal es la síntesis de todas las degeneraciones humanas, el parricida bien puede valer como la síntesis criminal»[1].

Pocos delitos conmocionan más a la conciencia del hombre medio, lacerando sus sentimientos íntimos y violando la moral más profunda depositada en lo arcano del alma, que el acto de matar a los parientes más cercanos o el quitar la vida a los seres con quienes se ejerce cotidianamente la más importante función del hombre: la vida en común.

El legislador penal nacional, conserva la regulación autónoma del parricidio. Sin embargo, este criterio representa una franca y abierta oposición a la corriente penal contemporánea mayoritaria, la cual con-

---

[1] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal. PE*, T. I, p. 142. En sentido similar: POLITOFF, Sergio/GRISOLÍA, Francisco/BUSTOS, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 81; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 39.

templa, en algunos casos, la desaparición completa del parricidio del catálogo de delitos, v. gr. el Código Penal español de 1995[2], o bien se sostiene su absorción por el rótulo genérico de homicidio calificado, v. gr. el Código Penal francés de 1994.

Sin pretender desconocer al criterio político-criminal prevaleciente en la legislación comparada, creemos encontrar en nuestra latitud serias razones para sustentar su conservación como delito autónomo, amparados en una perspectiva de ética social vinculada a fundamentos históricos que lejos de ser descuidados en cuanto a su análisis por el legislador, requieren seguir manteniendo su atención.

II. ANTECEDENTES Y SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

El artículo 107° del Código Penal actual registra como antecedente directo el artículo 151° del Código Penal de 1924, basado a su vez en el artículo 124° del Proyecto de 1916. El parricidio, como figura delictiva independiente, también se encontraba regulado en el artículo 231° del Código Penal de 1863. En el precepto de 1924 se sancionaba el dar muerte al cónyuge, al padre o a la madre, y en el precepto de 1863 al parricidio impropio, que se caracteriza en causar la muerte al descendiente en línea recta, al hermano, al cónyuge o al hijo adoptivo.

El Código Penal actual respecto a su predecesor en la regulación de la figura, presenta innovaciones cuya nota en común es la extensión desmesurada de los sujetos pasivos o víctimas.

Así, mientras el Código de 1924 restringía el delito al acto de producir la muerte del ascendiente o descendiente o cónyuge, el código vigente imprime a la figura del parricidio la punición adicional de la muerte del concubino, además de aclarar la duda interpretativa existente en la

---

[2] Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28, quien en su momento señaló que: «La consideración del parricidio como tipo legal autónomo no tiene ningún sentido. Desde un punto de vista criminológico el parricidio surge como un hecho propio de relaciones íntimas y cerradas, por eso de sociedades y grupos primitivos, urbanos o no, y producto de la tensión de esa forma de relación social».

regulación anterior, respecto a la incorporación de la adopción como circunstancia del parricidio[3]. La legislación actual resuelve el problema de modo afirmativo, refiriéndose expresamente al descendiente o ascendiente adoptivo, como posible sujeto pasivo de la figura del parricidio.

Si bien poco puede criticársele al legislador sobre la incorporación de la **adopción** como causal de parricidio, no es posible seguir un derrotero semejante cuando se analiza la incorporación del concubinicidio en la figura *sub examine*, el cual no puede ser valorado con el mismo rasero jurídico del matrimonio. La unión concubinal (artículo 386° CC), más que engendrar un vínculo estable, con múltiples y perennes efectos, origina, en el mejor de los casos, una sociedad de bienes sujeta al Régimen de Sociedad de Gananciales. El legislador penal del 91, desbordando el correcto marco que inspiró a la Constitución de 1979, reguladora de las uniones de hecho, equipara de manera infundada el concubinato con el matrimonio civil como si fueran instituciones de idéntico valor.

En realidad no dejan de ser, tanto desde el prisma jurídico-social y dogmático-jurídico, institutos que generan deberes diferentes. Resulta sumamente contradictorio, en todo caso, que la ley penal brinde una sanción más severa a los concubinicidios y deje de lado, privándole de un lógico reconocimiento en el parricidio, al matrimonio religioso. Bajo este concepto, nuestro codificador puede ser tildado de legislador parcializado, dado que únicamente es sensible a lo que quiere ver.

Se olvida que en nuestra sociedad un hombre o mujer, se considera casado no tanto cuando sale de la municipalidad, sino cuando sale de la Iglesia[4]. Como pocos países del mundo, hoy podemos vanagloriarnos que un concubino recibe mayor protección que un «casado» [...] *rara seguridad jurídica la nuestra.*

---

[3] Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 118, quien los descartaba *de iure conditio*. En contra del parecer glosado, PAREDES VARGAS, César, «El parentesco adoptivo en el Código Penal peruano», en *Debate Penal*, N° 3, Lima, 1987, p. 399.

[4] Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, 9ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pássim.

Otra de las críticas contra el concubinicidio, como variedad del parricidio, deriva de la consideración del matrimonio como institución jurídica eminentemente formal que se encuentra sometida tanto en su constitución a un acto solemne como en su decaimiento y disolución a una declaración judicial expresa, determinante del divorcio. Ello a diferencia del concubinato el cual está sometido tanto en su génesis y disolución a la **libre voluntad unilateral de los concubinos**, los cuales pueden dar por acabada en cualquier momento su unión de hecho[5], como por ejemplo, separándose o retirándose del domicilio donde cohabitaban[6]. De lo indicado se sigue que mientras los cónyuges están vinculados al matrimonio permanentemente, a no ser que medie una sentencia judicial de divorcio amparada en condiciones legales expresas, los concubinos pueden terminar cuando quieran y de manera unilateral su relación, dado que no se hallan ligados más que a su libre decisión.

Tomando en cuenta estas características del concubinato legal (artículo 326° CP) no es difícil imaginar que un concubino conociendo la regulación jurídica de la institución, como es la disolución unilateral, dé por terminada la unión concubinal para luego emprender y ejecutar su propósito delictivo sin mayor temor que el incurrir solo en homicidio simple, evadiendo así la calificación de su conducta dentro del parricidio. No debe ser considerado extraño el que la defensa alegue la disolución unilateral del concubinato antes de la consumación del crimen por parte de uno de los convivientes. Se salvaría así de la calificación del artículo 107°, quedando el castigo a cargo de la figura del homicidio simple.

De esta forma se ejemplifica una manera clara de burlar a la ley evadiendo el castigo por concubinicidio. En tal sentido, no sería extraño, desde una perspectiva eminentemente empírica, la nula frecuencia

---

[5] Un problema semejante puede encontrarse registrado en algún pronunciamiento de nuestra Corte Suprema reciente, vide la ejecutoria expedida por la sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004, del 15 de noviembre de 2004, *considerando cuarto* en la que: «*Alude a una separación realizada días antes*», pero no precisa si esa separación fue definitiva o no (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, pp. 366 y ss.).

[6] Vide al respecto la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2748-2002, de fecha 30 de octubre de 2002, en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, cit., T. II, p. 820.

práctica de esta forma de parricidio que haría que los homicidios simples se incrementen, dado que basta alegar la decisión unilateral de terminar la relación concubinal para que esta deje de existir y consecuentemente la calificación penal por parricidio decaiga.

No negamos la mayor conmoción social que produce la muerte de un concubino respecto a un homicidio simple, situación que debe verse reflejada en la pena una vez comprobada la culpabilidad, sino muy por el contrario, la reconocemos y avalamos. Sin embargo, una cuestión es solicitar una pena mayor frente a un injusto notoriamente elevado y otra muy distinta es forzar una ubicación en la figura que teleológicamente cumple otros fines, como sucede con el parricidio. Al legislador le hubiese bastado simplemente volver sobre su obra y reconocer la importante labor del juez en el análisis de los concubinicidios; fundamentalmente, con la aplicación de una pena más severa en virtud del artículo 46° del Código Penal.

La eficacia de la justicia no solo se mide por la acuñación de viejas conductas en nuevos tipos que agraven su sanción, sino por la confianza que el legislador deposita en su judicatura. Así, como para elevar el castigo de la muerte de un ser humano por obra de su hermano de sangre no es necesario acudir a buscar la incorporación de la conducta en el parricidio, así también no es conveniente que el parricidio abrace la muerte de un concubino, máxime si lo que se pretende es dejar simplemente constancia de la mayor gravedad del delito. Creemos que el problema descrito se hubiese resuelto de modo correcto con la simple remisión a los principios de la parte general, concretamente a las reglas de determinación de la pena [artículo 46° CP].

Como si lo aportado acerca de la inconveniencia de conservar el concubinicidio dentro de los alcances del artículo 107° fuera poco, debe contemplarse además la exigencia probatoria establecida por la ley civil en el segundo párrafo del artículo 326°, que, para la plena demostración de la posesión constante del estado, propio de la unión de hecho, requiere de un *principio de prueba escrita*[7], cuestión dificilísima y

[7] El tenor del artículo 326º párrafo segundo del Código Civil es el siguiente: «La posesión constante del estado (se refiere a la unión matrimonial) a partir de fecha aproximada puede

hasta imposible de sostener en las uniones de hecho, dado que nadie comienza a ser concubino firmando un papel o redactando un atípico «convenio concubinal», sino que la relación se inicia con un simple vínculo afectivo y la cohabitación continua. Salvo que se exija la grotesca, pero legalmente ineludible, «acta escrita de amor».

Resulta sumamente escabrosa la actividad probatoria en el concubinato. Por un lado, aparece la dificultad de prueba de un estado de hecho cuya virtud principal es la extensión en el tiempo de un lazo afectivo, el cual tiene una naturaleza eminentemente psíquica; y por otro lado surge la exigencia legal del *principio de prueba escrita* que vuelve jurídicamente imposible la manifestación del concubinicidio.

Nuestro legislador penal, creyendo quizás que en las innovaciones reside el principal mérito de un código, dejó de analizar la frondosa y casi unánime jurisprudencia sobre el parricidio, particularmente en la modalidad de conyugicidio, en el que se establece como único medio probatorio admitido a las respectivas partidas de matrimonio[8]. Ello hace notar la rigidez e inflexibilidad, además de la casi sacramental formalidad de nuestra jurisprudencia en lo que a actividad probatoria se refiere, y que una vez trasladada dicha práctica al concubinicidio no muestra sino un rasero difícil de pasar por las uniones de hecho. Si nuestra judicatura es tan formalista en la prueba de los uxoricidios, en la que se exige un acta matrimonial, no comprendemos cómo se atenuará dicha formalidad en los concubinicidios en los que justamente prima la informalidad y no existe, por lo general, ningún documento escrito.

No censuramos la creación del parricidio como tipo autónomo, sino que discrepamos tan solo de su desmesurada extensión que no hace más que reflejar un casuismo gratuito, tan reprobable en la técnica legislativa moderna. La peor crítica que puede vertirse al texto legal del parricidio recae en la incorporación del concubinicidio como mo-

---

probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal siempre que exista un principio de prueba escrita».

[8] Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 93.

dalidad de la figura; hecho que bien podría merecer mayor penalidad con la sola remisión a una agravante genérica presente en la parte general del código.

III. RAZÓN DE SU GRAVEDAD

Sin desconocer el margen de libertad concedido al legislador en la elaboración de los catálogos de delitos[9], como en las circunstanciales de cada conducta punible respecto a su mayor o menor gravedad, es preciso que focalicemos la atención en preguntar sobre el fundamento de la supuesta autonomía del parricidio en relación con las otras figuras delictivas recogidas en el Capítulo I del Título que comprende los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.

La preocupación del intérprete debe estar ligada a la formulación de la pregunta ¿cuáles son las razones que impulsan al legislador a la conservación del parricidio como infracción autónoma en los delitos contra la vida? y buscar también la respuesta a ¿cuáles son los fundamentos racionales que abonan el criterio de la independencia o mayor gravedad del parricidio?, cuestión vinculada a la discusión legislativa y político-criminal de mantener el parricidio en el catálogo de tipos delictivos.

Son varios los criterios elaborados para resolver la cuestión, los cuales discurren desde una eventual prognosis criminal del agente hasta centrar la discusión en la esfera íntima del parricida. Se descuida así la revisión del acto parricida en sí mismo a favor del análisis del delincuente.

Creemos, que se incurre en un desafortunado enfoque, toda vez que se analiza aisladamente la peligrosidad del autor, pero se descuida

---

[9] Así, por ejemplo, el Código Penal español de 1995 elimina el parricidio del catálogo de delitos ubicados en la parte especial. Sigue la tendencia de la indiferenciación del parricidio respecto al homicidio simple y el asesinato. La tesis del abolicionismo del tipo de parricidio del Código Penal español implica la remisión a una circunstancia genérica de agravación de la pena (artículo 23º CP) presente en la parte general del Código, así como el reconocimiento implícito de la igualdad del injusto entre el parricidio y las demás especies del homicidio, como también expresa el mensaje que de conservarse la autonomía del parricidio se establecerá «un retroceso al concepto de clan y a la naturaleza mística de la familia». A mayor extensión: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

el real fundamento de la agravación, «el acto de matar al pariente». La tesis imperante observa solo al delincuente y no la especial relación entre el autor y la víctima (ligamen parental) que el Derecho penal valora a través del acto de matar. Pasemos revista a las diversas teorías que explican la mayor gravedad del parricidio:

a. Tesis de la mayor peligrosidad del delincuente parricida

Este criterio contempla la mayor temibilidad del parricida respecto al restante grupo de delincuentes de sangre[10], situación que hace posible imponer una sanción más elevada, capaz de castigar a «*quien no siente los afectos más naturales que son instintivos de toda la especie humana [...] y porque no cabe duda que el individuo que da muerte a su propio consanguíneo demuestra mayor aptitud para matar al extraño*»[11]. El planteamiento propio del positivismo criminológico puro, pone la tilde en una prognosis criminal defectuosa realizada sobre el sujeto activo. Se desconoce que la mayoría de veces, el parricidio se produce a raíz de graves perturbaciones psíquicas, por encima de la proclividad al delito del agente.

La crítica principal que se dirige contra esta tesis es la de contravenir los postulados criminológicos y psiquiátricos que arrojan que, por lo general, el parricida no encierra mayor peligro para la sociedad, de tal modo que no se puede fundar en dicha base una agravación de la pena[12].

b. Tesis del mayor injusto del parricidio

Esta postura observa que el parricidio encierra un mayor injusto que cualquier homicidio simple o calificado porque en él se violan los lazos más elementales que la convivencia humana puede imponer a cada miem-

---

[10] En la doctrina peruana: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 78, para quien el sujeto activo «revela mayor peligrosidad, porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelado por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el respeto y acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social». De modo cercano: SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Iustitia/Grijley, Lima, 2007, p. 24.

[11] Vide ALIMENA, Bernardino, *Delitos contra las personas*, p. 187.

[12] Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 816.

bro de la sociedad[13]. No solo se mata, sino que al matar se anulan las relaciones más próximas y fuertes que un ser humano puede tener. El ilícito es mayor por una doble vía; tanto por las severas consecuencias y repercusión del acto (ilícito objetivo) en el Derecho, como por la más intensa actitud disvaliosa del agente (ilícito subjetivo). El parricidio viene a ser un plus que se manifiesta principalmente en el injusto y cuyos efectos logran desplegarse tanto a nivel de la culpabilidad como en la consecuencia natural de todo delito: la pena, la cual debe ser aplicada con dureza por el juez. Se habla aquí de la conciencia de un doble injusto.

El fundamento de la agravación del injusto penal del parricidio se debe a que junto a la acción de matar, propia de todo homicidio, se le agrega que la muerte de un pariente implica la infracción a los deberes jurídicos específicos que existen entre padres e hijos y, en general, entre la clase de parentesco recogida por la ley[14]. En este ámbito más que haber un mayor disvalor del resultado hay un mayor disvalor de la acción.

A la tesis glosada, se le imputa serias críticas[15]. Entre ellas destacan que para el Derecho penal no existen –o no deben existir– vidas diferentes, o lo que es lo mismo, no se puede concebir un Derecho criminal, constitucional y democráticamente fundado, que valore dos vidas de distinto modo y sentido, pues da lo mismo matar a José o que este mate a su esposa.

---

[13] Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 167, quien al adscribirse a la sustantividad dogmática del parricidio, esto es, a la naturaleza peculiar de su injusto, establece que en su favor «militan razones históricas constantes en nuestro derecho, así como criminológicas y éticas de no menor peso, ya que no es lo mismo, en toda evidencia, matar a un hombre cualquiera que al propio padre o hijo, desconociendo el llamamiento de la naturaleza y el sentimiento de piedad de más ancestral raigambre, que el Derecho no puede ni debe desconocer ni siquiera minimizar». Anteriormente, en su misma obra, el egregio autor madrileño sostuvo: «Al menos para los que estimamos que el Derecho no es pura lógica sino ante todo vida cultural, no resulta del todo convincente pensar que, humanamente hablando, el parricida sea un homicida. Por mucho que lo sea formalmente, el padre es para el hijo, y el hijo para el padre, mucho más que un hombre» (p. 137).

[14] Vide GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 153.

[15] Vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 35.

La crítica sostiene que toda vida posee igual equivalencia para el Derecho, no pudiendo medírsele con diversos raseros, por cuanto se estaría atentando contra el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegido.

Puede verse que para esta posición no existe diferencia del injusto entre un parricidio y un homicidio[16]. Asimismo, se apunta que una distinción del injusto entre el parricidio (mayor ilícito) y el homicidio simple (menor ilícito) acarrearía inevitablemente la imposibilidad de romper el título de la imputación.

Esto implica que si un extraño participa en un parricidio, ya sea como inductor o cómplice, no podrá responder por homicidio simple, en cuanto a su participación, sino que la sanción será por inducción o complicidad en parricidio, elevándose, como es lógico, el *quantum* de su sanción, todo ello en virtud de la accesoriedad de la participación respecto a la comisión del hecho principal.

c. Tesis de la mayor culpabilidad del parricida

Esta posición, sustentada en su mayoría, por la doctrina española anterior a la vigencia del actual texto legal[17] y por un sector de la doctrina penal peruana[18] se orienta a evitar las graves consecuencias asignadas por la sustentación del criterio de la sustantividad del injusto del parricidio que impedía el quebrantamiento del título de la imputación en la participación.

Esta tesis consiste en contemplar la mayor gravedad del parricidio en la infracción de «*los deberes mutuos que plasman a veces las declaraciones jurídicas [...] las cuales operan como normas subjetivas de determinación y que al desoír el parricida en su fuero interno la voz de*

---

[16] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 519 y ss.

[17] Cfr. DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 162; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 46; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 520.

[18] Vide VILLAVICENCIO TERREROS, *Delito de homicidio*, cit., p. 32; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 24.

estos deberes se nos muestra como una conducta mucho más reprochable»[19]. Asimismo, esta corriente cree encontrar en la ley, de modo desafortunado a nuestro concepto, una *presunción* consistente en que los vínculos parentales engendran *una comunidad de afectos y sentimientos* que toda persona y particularmente el parricida ha de respetar.

Creemos equivocado que el legislador configure el parricidio y el juez aplique la sanción correspondiente basados únicamente en la vulneración de la comunidad de afectos y sentimientos entre el agente y el sujeto pasivo[20]. Ninguna legislación del mundo, racionalmente fundada, puede establecer castigo alguno basándose únicamente en la comunidad de afectos o en cómo debiera ser el cariño. No es posible que se conciba una presunción *iure et de iure* respecto a una mayor culpabilidad del autor del parricidio generada automática y mecánicamente por el solo hecho de cometerlo[21].

O dicho con mayor claridad: a nadie puede sancionársele con mayor o menor penalidad, sobre la base de si ha querido, quiere o si debió amar más a su víctima, por cuanto esa misma norma de determinación en el parricidio también se encuentra en el homicidio simple siendo la diferencia esencial en que en una figura se prohíbe matar al pariente y en la otra se prohíbe matar a cualquiera. Fácilmente puede verse que el deber y la comunidad de afectos y sentimientos no asoman en la *ratio* de la norma, y menos puede presumirse. Valga aquí remarcar que la gravedad del parricidio reside solo en el vínculo del

---

[19] Por todos, DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 108, quien asume también la tesis de la peligrosidad al considerar que no puede advertirse la incompatibilidad entre la tesis de la culpabilidad y la peligrosidad. Nuestra respuesta no puede ser otra que una radical oposición, toda vez que la diferencia existente entre ambas posturas es la misma que puede encontrarse y separa al Derecho penal del autor y el Derecho penal fundado en el acto.

[20] Cfr. BACIGALUPO, Enrique, «Los delitos de homicidio», en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 51.

[21] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 152; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 51; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 817; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 82.

parentesco, sea legal o natural, y no en el presunto afecto que existe entre parientes. No alcanzamos a ver cómo el mayor afecto o sentimiento puede incidir en la culpabilidad.

Otro argumento que puede esgrimirse contra esta tesis, y cuya paternidad es eminentemente dogmática, consiste en contemplar a la culpabilidad jurídica penal no como categoría autónoma, sino como dependiente del injusto (tipicidad y antijuridicidad). De este modo, sino existe injusto penal previo, no puede existir culpabilidad. Si tanto se enfatiza por la teoría en la mayor culpabilidad del parricida es menester reconocer primero la mayor gravedad del injusto.

Con ello, pretendemos indicar que la asunción de la teoría de la culpabilidad, al menos normativamente entendida, requiere la asunción refleja de la teoría del injusto.

Esta postura contradice, incluso, la posibilidad de que el parricidio sea tratado como un delito independiente, ya que la autonomía de un delito depende de que el **contenido del tipo de injusto** se diferencie de los demás, es decir, que el disvalor del parricidio sea distinto al del homicidio, lo cual impide que pueda basarse en la culpabilidad[22].

Asimismo, la sustentación de la teoría de la mayor culpabilidad en el parricidio importa negar un dato criminológico contundente, el cual refiere que la inmensa mayoría de parricidios, en una proporción de 90/100, se cometen en **alteración de la conciencia**, en transtorno mental[23], **bajo severas patologías clínicas**[24], **depresión**[25] o en **estado de embria-**

---

[22] Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 52.

[23] Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 35; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 39.

[24] QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, pp. 142 y 147; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 39..

[25] Vide la ejecutoria Superior expedida por la Primera Sala Especializada en reos en Cárcel recaída en el Exp. Nº 461-2003 del 28 de enero de 2004: «*Que, la acusada Santos Alejandrina Ávila Villanueva ha sostenido que reaccionó violentamente debido a que estaba en una fuerte depresión, arrojada de su casa por su madre, acudió donde su pareja que le negó el apoyo necesario, quien además, no acudía con los alimentos a su menor hija en forma regular, así como a alimentar sus expectativas de*

guez relativa[26] situaciones pertenecientes a la órbita penal de la culpabilidad, que lejos de agravar el ilícito lo disminuyen. Asimismo, es frecuente en el delito descargas pasionales o emotivas provocadas por la víctima, o que haya una reacción frente a una determinada ofensa[27].

En la familia también se generan una serie de relaciones críticas, cargadas de tensión y conflicto[28] que muchas veces terminan en el delito y en particular en el homicidio, tal como ocurre, por ejemplo, en la violencia de género que desarrolla el marido sobre la mujer[29] (violencia familiar reiterada[30]), desavenencias entre la pare-

---

formar un hogar con ella, sin ánimo concreto de materializarlo, habiendo contribuido de esta manera al estado de depresión de la acusada, que las circunstancias de desamparo y el cúmulo de emociones liberadas por la acusada Santos Alejandrina Ávila Villanueva propició el marco depresivo para este escenario de confusión y tentativa de parricidio».

26 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3832-2004, de fecha 14 de febrero de 2005, en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, cit., T. II, p. 850; la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 2564-2003 de fecha 1 de diciembre de 2003 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. II, p. 71] y la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 240-2004, de fecha 3 de junio de 2004 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. III, p. 30).

27 Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 815; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 518.

28 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 52; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 815; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 32.

29 La jurisprudencia suprema ha utilizado a la violencia de género (contra la mujer) como un indicio de culpabilidad al señalar: «*Que se advierte además la presencia de indicios como son: i) el informe psicológico practicado a la agraviada que presenta síndrome de mujer maltratada y trastorno depresivo mayor crónico, ii) el informe social practicado a la citada agraviada de fojas quince que concluye que su 'familia es un típico caso de agresión, violencia, abuso, maltrato, uso y manejo del poder y control para fines personales y enfermos machistas de parte del señor SPO contra su esposa e hijos', iii) la evaluación psiquiátrica corriente a fojas seiscientos sesenta y nueve que señala que el acusado 'es una persona manipuladora sobre temas de familia, que cuando se le toca temas relacionados a denuncias, maltratos y comportamientos se torna ansioso y calculador'*» (Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 712-2005, de fecha 29 de abril de 2005).

30 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3832-2004, de fecha 14 de febrero de 2005, en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, cit., T. II, p. 850. En algunos casos, lamentablemente, la Corte Suprema pese a la expresa alegación de la condenada, conviviente del occiso, de que el hecho (parricidio) respondió a que era víctima de maltratos físicos y psicológicos por parte del fallecido no se ha preocupado de revisar si dichas aseveraciones encuentran o no sustento, ni ha tomado dichas aseveraciones en un sentido atenuatorio: vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 911-2003, de fecha 27 de junio de 2003 (en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, T. III, p. 34).

ja[31], la tiranía del padre[32], los celos[33], los estados pasionales, las sevicias[34], etc. y que lleva, en algunos casos, a que se inviertan los papeles: el autor pasa a ser víctima y la víctima víctimario[35]. Se trata de una **criminalidad por crisis o por conflicto**[36]. Ello nos lleva hacia una conclusión crítica: que si el legislador hubiese querido fundar el parricidio en una mayor gravedad de culpabilidad no hubiese impuesto una pena más severa o mayor que el homicidio simple, sino se inclinaría por una penalidad menor[37].

Vistas las diversas tesis explicativas de la mayor gravedad del parricidio, no podemos conformarnos con una de ellas, por cuanto no responden satisfactoriamente a la pregunta que debe formularse al legislador acerca de las razones que le impulsaron a imprimir autonomía al delito. Dada la frustración de la teoría de la peligrosidad y la culpabilidad, es ineludible revisar algunas nuevas perspectivas que auxilien a una mejor fundamentación del parricidio.

Creemos, que tanto el intérprete y el legislador pueden encontrar razón de la formulación del parricidio como tipo independiente, en la ***mayor impresión y conmoción*** de la acción parricida[38]. No se puede

---

[31] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 2564-2003 de fecha 1 de diciembre de 2003 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. II, p. 71).

[32] Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 52; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 39; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54.

[33] Vide la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004 del 15 de noviembre de 2004 (en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 366).

[34] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 55.

[35] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 152.

[36] Por todos, SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 817.

[37] Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 52; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 32, pese que se adscribe a la teoría de la culpabilidad como fundamento del parricidio.

[38] Reconoce también una mayor alarma social en el parricidio en la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 78.

negar la mayor impresión individual y social de máxima intensidad cuando se perpetra un acto parricida, pues en este delito no solo se mata, sino que con el matar se niega el lazo más elemental y profundo que tiene en ser humano: el parentesco.

El parentesco, tal como viene regulado en el artículo 107°, se caracteriza por generar una serie de deberes y obligaciones generales de protección entre las personas y que propende a la tutela, en especial, de los bienes jurídicos fundamentales, tal como ocurre con la vida. El parentesco más allá de constituir un vínculo natural (parentesco sanguíneo) y adquirir a veces la calidad de un vínculo normativo (matrimonio y adopción) establece desde la órbita normativa una serie de obligaciones primarias (deberes especiales[39]) tendientes a preservar y garantizar los bienes jurídicos básicos. Mientras que en un homicidio simple, por lo general, no hay entre las personas un deber de cuidado o de protección (de la vida) en el parricidio se parte del hecho de que el parentesco da pie a concretos deberes de tutela de bienes jurídicos justamente de los parientes (vida, por ejemplo)[40].

No negamos tampoco que el delito de parricidio puede ser el recuerdo de un antiguo carácter mítico-religioso de la naturaleza humana, propia de los clanes primitivos y de las sociedades tribales[41]; sin embargo, lo cierto es que la relación afectiva y convivencial con los padres, hijos o cónyuge tiñe indeleblemente la conciencia del hombre, y configura instituciones básicas de indiscutible valor como la familia, el matrimonio, etc.

---

39 Los alude: VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 32.

40 Pese a la validez de estas premisas, que se enlazan con la tesis del mayor injusto del parricidio, se observa también que de considerarse al parentesco como una causal de agravación del injusto, y con ello de la pena, que se levanta sobre un *deber jurídicos de protección determinado* –semejante a una posición de garantía– debería también constituir una razón para un mayor castigo –si bien no por parricidio– la presencia de otras fuentes de garantía especiales o cualificadas como, por ejemplo, los deberes de protección del profesional sanitario (médico, enfermera, etc.), del gerente de la discoteca que no coloca un sistema adecuado contra incendios, la unión homosexual, el guía de montaña, etc.

41 En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 27.

En el parricidio no es que se estime una circunstancia de carácter ético (el parentesco) como fundamento y autonomía de un delito[42]. Por el contrario, es la consideración y significado jurídico propio del parentesco lo que permite consagrar una protección penal reforzada dentro de los parámetros constitucionales y los principios jurídico-penales que fijan la necesidad de que el Derecho penal se encamine a proteger bienes jurídicos y a no a prohibir desvalores éticos. En tal sentido, el parentesco nuclear debe ser interpretado en clave normativa jurídica; y no sobre criterios moralizantes.

No podemos olvidar que el Derecho no solo transcurre por senderos lógicos y fríos, sino como todo lo humano recorre los caminos de la cultura. Si tal premisa es cierta, ¿quién puede negar el dato de cultura de la mayor conmoción provocada por el parricidio? No puede prosperar en la órbita penal, una dogmática de ordenador. El Derecho debe seguir al hombre y no solo a la lógica, por ello debe recordarse que el hombre es conocimiento y valoración, razón y sentimiento, logos y afecto. Un pensamiento en contrario, asentado solo en la lógica, representaría una dogmática minusválida que nosotros no pretendemos propiciar dado que, en todo caso, es preferible, la dogmática coja de los hombres vivos que la dogmática aquilea de los hombres embalsamados (Bettiol).

Los códigos no se dirigen a un grupo erudito de juristas seleccionados, sino a los hombres, al ciudadano de la calle que ve con mayor reprobación al parricidio que cualquier otra modalidad homicida. Las leyes se dirigen a cualquier ciudadano que no ve en las normas algún tipo, sino un simple, pero extraordinario sistema de transferencia de valores y pautas de comportamiento.

IV. SUSTANTIVIDAD Y AUTONOMÍA DEL PARRICIDIO

Los autores que explican la naturaleza jurídica del parricidio emplean terminologías diversas, bien denominándolo como un delito sui

[42] En esta línea: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 78.

géneris[43] y en otros como delito independiente[44]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se pronuncia, inclinándose por la sustantividad del delito[45]. Autonomía implica en su sentido jurídico, «*una estructura jurídica unitaria con una nueva jerarquía valorativa, como contenido y vida jurídica propia*» [46].

Con ello, se pretende indicar que el parentesco representa no una circunstancia agravante o simple característica adicional de la infracción[47], sino la esencia misma del delito[48]. No es que el parentesco se añade a la vida, el sustrato fundamental, y conforma luego el parricidio, sino que en un mismo plano ambos elementos informan la idea de la figura delictiva. Así como es inimaginable un parricidio sin parentesco, es absurdo, también concebir un homicidio simple sin una muerte. Apelando a una terminología bastante extendida, diremos que el parentesco en el parricidio no es una categoría fundada o artificial del delito, sino fundante del mismo[49]. La doctrina acierta cuando expresa que el parricidio no es un homicidio agravado, sino un delito distinto[50]. No está demás enfatizar que ni la muerte se superpone al parentesco ni el parentesco a la muerte, sino que ambos elementos, en una unidad indisoluble, dan pie a la construcción del tipo de parricidio, como figura autónoma.

---

[43] Así, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 517; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 35; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 53.

[44] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 53; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 519; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 100.

[45] En la doctrina nacional SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 24.

[46] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 363.

[47] Así, empero, BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 52; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 79.

[48] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 150; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 27.

[49] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30.

[50] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 47; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 150.

La doctrina recuerda que un hecho puede ser valorado por la ley como elemento esencial o como circunstancias y que la misma materia puede cumplir funciones diferentes; de tal modo que el parentesco en el parricidio es considerado como un elemento esencial y constitutivo.

Dogmáticamente, el parentesco representa en el parricidio «un presupuesto típico fundamentador de la pena»[51] que no se encuentra fuera del hecho, sino dentro de él, consolidándose como su razón intrínseca. El parentesco representa la esencia del delito y no un accidente de la infracción. Todo lo apuntado no es valla insalvable para que algún legislador, fundado en razones de técnica legislativa o fundamentos de política criminal, incline su parecer por aquel criterio que ve en el parentesco solo una circunstancia agravante tal como sucede en legislaciones tan importantes como la argentina[52] o la italiana.

La relación de parentesco que se castiga en el parricidio no es una relación cualquiera, no se trata de un parentesco general, amplio que cubre todas sus variedades y sentidos, sino que la ley sobre la base de una decisión político-criminal limita y restringe las relaciones parentales que a su juicio deben ser objeto de un reproche especial en el parricidio. El legislador, ante la opción de castigar de manera reforzada el homicidio cometido en el marco de las relaciones parentales ha optado por elegir aquellas que se valoran por la sociedad de manera casi consensual o constituyen el núcleo indiscutido del parentesco como la muerte al ascendiente, al descendiente o al cónyuge.

Por ejemplo, en el Derecho comparado –como ocurría en el Derecho penal español anterior– se llegaba a distinguir el parricidio de las relaciones de parentesco que formaban parte de las *circunstancias*

---

[51] DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 160.

[52] Dicho Código Penal establece: «Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52º, al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son».

modificatorias de la responsabilidad penal que abarcaba un número mayor y más amplio de relaciones parentales y que servían normalmente para cualificar la responsabilidad penal[53].

V. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

El artículo 107° referido al tipo de parricidio posee algunas notas características:

1. Es un delito especial[54], impropio[55], en la medida que la posibilidad de autoría está limitada solo a un determinado círculo de autores[56]. No puede cometer el delito cualquier persona, sino únicamente aquella en la que concurre la especial cualidad exigida por la ley como son los ascendientes, descendientes, cónyuge o concubino. La estimación del parricidio como un delito especial impropio[57] se debe a que guarda correspondencia con un delito común[58], el homicidio simple. Esta peculiaridad trae consigo consecuencias fundamentales a nivel de la autoría y de la participación.
2. Es tipo autónomo, dado que goza de una jerarquía valorativa propia respecto a los demás delitos contra la vida. La construcción del tipo de parricidio, a diferencia del homicidio simple, posee un doble dato valorativo, por un lado la prohibición de matar y por el otro la prohibición de matar al pariente (ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino).

---

53 GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 150.

54 Ibídem, p. 151; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 32.

55 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 32.

56 El Código Penal italiano de 1930 regula al parricidio dentro de las circunstancias del homicidio calificado en su artículo 570, inciso 1. Vide MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 157; MAGGIORE *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, pp. 293 y ss.

57 Cfr. MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 254 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 361; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 370 y ss., quien emplea la denominación de los delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto.

58 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 53; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 50.

3. Al igual que el homicidio simple el parricidio es un tipo no referenciado. No requiere de una especial circunstancia de tiempo, lugar, modo u ocasión[59]. Asimismo, el tipo no se detiene en exigir una determinada utilización de medios o instrumentos por lo que hay una amplia libertad en la precisión de los medios comisivos.
4. Es un tipo de resultado, como todo delito de homicidio. Hay aquí la separación espacio-temporal entre acción y resultado.
5. Por su redacción es un tipo monosubjetivo. Basta que la muerte sea producida por una persona, siempre y cuando sea ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino.

VI. BIEN JURÍDICO Y CUESTIONES CRIMINOLÓGICAS

Los límites del bien jurídico en el parricidio vienen impuestos por el tipo penal cuando describe el objeto de acción. No solo se prohíbe matar, sino se prohíbe matar a un pariente, ya sea que detente la calidad de ascendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino.

La doctrina es unánime en distinguir el denominado **parricidio propio**, que consiste en matar ya sea al ascendiente o descendiente[60], del **parricidio impropio** que se manifiesta en el hecho de causar la muerte al cónyuge o al concubino. La clasificación aludida, como es de suponerse, solo tiene efectos doctrinales y no se extiende a la fijación de una mayor gravedad en el ilícito, susceptible de reproducirse en la pena. En términos de la ley, es tan merecedor de una sanción quien comete un parricidio propio como quien mata a su cónyuge o a su concubino.

El bien jurídico protegido en el parricidio no es la familia o la unidad del vínculo familiar, pues de ser así se tendría que castigar como parricidio todo homicidio que afecte a otro integrante de la familia alcanzando el tipo del injusto una amplitud completamente des-

---

[59] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 518.

[60] Vide que en puridad etimológica solo la muerte del ascendiente constituye parricidio. Sin embargo, aquí se entiende a cualquier tipo de filiación sanguínea en línea recta, MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, T. IV, p. 293.

mesurada como los casos de fratricidio, el homicidio al tío, a la suegra, sobrino, nuera, etc., afectándose, de esta manera, al principio de necesidad e idoneidad ya que claramente la consolidación de la familia o la protección del núcleo familiar no pasa por una mayor extensión del parricidio.

Asimismo, dicho criterio supondría considerar que en el parricidio se protege un bien jurídico pluriofensivo, que va más allá de la tutela de la vida humana[61].

Por otro lado, las relaciones normativas que se criminalizan de manera reforzada en el parricidio no guardan entroncamiento alguno con las obligaciones civiles de alimentos[62], sucesión y otros deberes, como los de cohabitación, que se encuentran más allá del tipo y del ámbito de protección de la norma.

En el análisis dogmático del parricidio, vale todo lo apuntado en los principios generales del homicidio. Así, el inicio de la protección penal de la vida en el parricidio se iniciará desde los primeros dolores del parto (factor psicológico) unido a las contracciones uterinas (factor fisiológico) de la madre. Este hecho resulta sumamente importante pues aquí se decide el límite inferior de protección a la vida y logra resolverse el título de la clasificación e imputación jurídica. Así, cometerá parricidio, y no aborto, el padre que mata a su hijo que está por nacer y que se encuentra en la etapa inmediata de los dolores del parto. La madre que, durante el parto, induce al padre a dar muerte a su hijo, aunque este asunto no está libre de controversias, responderá por inducción de parricidio.

En lo que respecta al fin de protección de la vida en el parricidio, vale también lo apuntado en los principios generales. La vida cesa cuando hay paralización irreversible de la actividad cerebral. No antes, ni después.

---

61 Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 82.

62 Ibídem, p. 83.

Comete parricidio quien mata a su padre que se encuentra en un desenlace agónico con el fin de heredarlo (concurrencia de asesinato). Asimismo, estará incurso en el artículo 107°, el padre que mata a su hijo cuando carece de vitalidad o esperanza de vida.

En el parricidio, tanto propio e impropio, el juez debe detenerse en el estudio de la información que la criminología provee incidiendo con mayor énfasis en el capítulo de la psicología criminal, dado que la mayoría de parricidas arrastran sobre su personalidad anomalías psíquicas y perturbaciones externas e internas, v. gr. personalidad tipo esquizoide[63]. En tal sentido, se debe obtener un perfil psiquiátrico y psicológico del autor, con el objeto de develar y precisar la existencia de una patología psicológica.

En los parricidios no solo se debe destacar la relación familiar, ya sea en forma actual o remota, entre el autor o la víctima[64], sino que también el análisis de la personalidad del autor. En él suelen concurrir conflictos internos, desórdenes de la personalidad y no pocas degeneraciones funcionales ya sea en el mundo afectivo, volitivo o en el campo de la inteligencia misma[65].

---

[63] Vide la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004 del 15 de noviembre de 2004 (Vide SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., pp. 365 y ss.), en donde se da cuenta que la persona que había cometido el concubinicidio tenía una «*personalidad tipo esquizoide susceptible de eclosionar cuadros micropsicóticos cuando se ve sometida a situaciones de estrés severos*».

[64] Relación enfatizada por la criminología moderna. Vide KAISER, Günther, *Introducción a la criminología*, trad. José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la supervisión de José María Rodríguez Devesa, 7ª ed., Madrid, 1987, p. 321 y ss.

[65] A mayor extensión acerca de los transtornos de la personalidad, Vide EXNER, Franz, *Biología criminal*, Bosch, Barcelona, 1946, p. 33; MEZGER, Edmundo, *Criminología*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 54 y ss., quien incide sobre las psicopatías, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, pp. 139 y ss., quien focaliza su estudio en el parricidio. Vide también los pronunciamiento de nuestra Corte Suprema en el sentido de reconocer en algunos casos de parricidio una capacidad intelectual inferior al promedio del autor del hecho, en: la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004 del 15 de noviembre de 2004 (Vide SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., pp. 365 y ss.] y la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 240-2004 de fecha 3 de junio de 2004 (CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. III, p. 30).

En el uxoricidio y concubinicidio es frecuente la presencia de una personalidad psicótica, de reacción explosiva y estallido violento frente a cualquier estímulo externo. En el caso del parricida que produce la muerte de su cónyuge o concubina suele haber una relación anterior tirante, profusa en abusos, privaciones, maltratos, lesiones, etc. en donde se contempla la muerte del consorte como la única salida viable capaz de acabar con los abusos. Aquí se mata para terminar una unión llena de maltratos y lesiones. También se debe tomar en cuenta, aunque con menor intensidad, la existencia de una relación extramarital o extra concubinal que ve en el acto de matar la única forma de obtención de un estado de libertad.

En los parricidios propios y en los filicidios, estadísticamente menores a los conyugicidios, suelen encontrarse transtornos mentales como la psicopatía insensible, en la que la falta de afecto, cariño y gratitud al progenitor o al hijo es la variable dominante que impulsa a causar la muerte.

También es común encontrarse con casos de oligofrenia, idiocia, imbecibilidad, etc.

En todos los casos, con el objeto de disipar dudas debe realizarse un examen psiquiátrico ya sea a petición de parte o de oficio.

VII. TIPO DEL INJUSTO

1. Sujetos

a. Autor

Si bien el legislador en la redacción del tipo de parricidio utilizó el pronombre impersonal «*el que*» también es cierto que cuando se refirió a los sujetos pasivos delimitó el círculo de los posibles autores[66]; dado que solo puede matar a un ascendiente, un descendiente y solo puede matar a un cónyuge el otro cónyuge.

---

[66] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46.

La ley al exigir la calidad de sujeto pasivo enuncia correlativamente al autor de la infracción, pero no de manera expresa sino refleja[67]. El parricidio surge así como uno de los pocos tipos de la parte especial que permite la individualización y determinación del autor en virtud de una referencia normativa directa al sujeto pasivo. Solo se llega al autor a través de la alusión de la víctima. Ello en virtud de que entre uno y otro agente de la relación penal media una característica común que los vincula: el parentesco ya sea natural o jurídico.

El parentesco al constituir el elemento específico del parricidio su vigencia no solo se traslada a nivel de la estructura típica comisiva, sino se extiende también al parricidio por omisión impropia, reduciendo el círculo de autores a los sujetos descritos en la ley y sobre los cuales puede fundarse una posición de garante (*ut infra*).

b. Sujeto pasivo

A diferencia del homicidio simple y el asesinato, el parricidio enuncia a los sujetos de la relación criminal, refiriéndose al ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino. Pese a la limitación tanto de los sujetos pasivos y activos la redacción del tipo no deja de ser impersonal dado que no requiere de manera expresa una clase de ascendientes (padre, abuelo, bisabuelo, etc.) descendientes (hijo, nieto, bisnieto) cónyuge (varón o mujer) a los que se puede matar.

La ley no se detiene en señalar ni el grado de parentesco, ni la validez del vínculo jurídico, restringiéndose solamente a establecer los sujetos pasivos y con ello a los agentes del delito.

La lista de las posibles víctimas del delito de parricidio debe entenderse cerrada y circunscrita a lo previsto en la regulación legal. Cualquier actividad tendiente a extender su ámbito de aplicación debe tomarse como una analogía prohibida que rebasa el texto expreso de la ley (artículo 139° inciso 9). No abarca, por ejemplo, a

[67] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28.

la madrastra, al padrastro[68], al pariente que ha criado y ha hecho las veces de padre o de madre.

Queda, por tanto, así excluido cualquier otro parentesco natural o por afinidad que no sean los rigurosamente nombrados por la ley, como es el parentesco entre cuñados, hermanos, etc.[69] El acto de matar podrá constituir homicidio simple, pero nunca parricidio.

Las acciones del padre o de la madre dirigidas contra el feto no constituyen ni parricidio, ni infanticidio sino solo aborto toda vez que no se trata de la etapa de la vida humana protegida por el homicidio. En cambio, si las acciones de matar por parte del padre o la madre se inician durante el parto se configurará parricidio en el primer supuesto e infanticidio en el segundo siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos fijados en la ley.

2. Elementos constitutivos

a. Ascendiente o descendiente, natural o adoptivo

a.1. Generalidades

En la primera parte del artículo, el legislador evita el empleo de una inadecuada fórmula casuística como el referirse al padre, hijo, abuelo, etc. En sustitución utiliza una fórmula lacónica que alude exclusivamente al ascendiente, ya sea natural o adoptivo.

Cuando la ley se refiere al ascendiente, descendiente, ya sea natural o adoptivo, pretende hacer hincapié en el parentesco en línea recta como fundamento del parricidio.

La ley al no mencionar el grado de parentesco de línea recta ascendente o descendente abraza cualquier amplitud del grado parental. Constituye parricidio, entonces, no solo matar al hijo o al padre; sino

---

[68] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 83.

[69] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 27.

también matar al abuelo, bisabuelo, nieto o bisnieto y así ad infinítum, siempre y cuando el parentesco sea real y existente[70]. El grado de parentesco no dibuja la mayor o menor gravedad del injusto[71].

El parentesco natural por línea descendente no expresa la clase ni la calidad del vínculo jurídico, esto es, no debe entenderse como si la ley exigiera un reconocimiento legal de la paternidad. No es necesaria tampoco la calidad de hijo alimentista. Basta únicamente una situación real de parentesco cosanguíneo entre el autor y la víctima del delito independientemente del reconocimiento legal[72]; en virtud de que la ley exige solo el conocimiento parentesco natural en línea recta ascendente o descendente. Es más una cuestión de hecho que de derecho; salvo el caso de la adopción.

a.2. ¿Parentesco legal o natural?

En el parricidio existe un problema a resolver que consiste en precisar si la presencia de una paternidad legal (artículo 361° CC)[73] puede generar la comisión de parricidio aun cuando el hijo matrimonial, reputado así por la ley, sea extraño al marido. Imaginémonos el siguiente caso: *A* y *B* sostienen relaciones adulterinas en las que *A* logra procrear un hijo. Cuando se encontraba en el octavo mes de embarazo *A* logra obtener el divorcio de su marido *c*, quien desconocía el adulterio. Luego del tercer mes de nacimiento *B*, el padre natural, mata a su hijo. Hay aquí de modo manifiesto un encuentro conflictivo entre una ficción jurídica (presunción) y la realidad natural.

La doctrina mayoritaria se decanta a favor del parentesco natural, independientemente de si se ha interpuesto o no alguna acción civil, se

---

[70] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28; LAJE ANAYA, Justo, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, Buenos Aires, 1970, p. 7; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 80.

[71] En contra: COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 521, quien llega a sostener que «si el único fundamento de la agravación es el mayor reproche no parece que deba considerarse igual la muerte del padre que la del bisabuelo».

[72] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 85; LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 46 y 55.

[73] Artículo 361º: «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido».

ha impugnado de paternidad o si esta ha sido declarada fundada o no. En la órbita penal interesa no tanto la posibilidad de impugnación sino la efectiva relación de parentesco.

Aquí como es visible, la verdad material del Derecho criminal se superpone a la formalidad del Derecho civil; de tal manera que no tienen valor de modo alguno las presunciones de paternidad, propias del Código Civil; ni se puede plantear una cuestión prejudicial en la medida que el juez penal es independiente para pronunciarse sobre el parentesco al margen de lo que pueden declarar los jueces civiles[74].

El marido engañado que cree matar a su hijo no comete parricidio, sino homicidio simple.

Se afirmará el parricidio cuando quien mate al hijo sea el padre natural; viva o no con el hijo, tenga o no más prole, o sea este fruto de una relación adulterina, sacrílega o incestuosa[75].

Un sector calificado de la doctrina penal considera que el parentesco natural constituye un elemento descriptivo del tipo, dado que la ley se refiere a una situación de hecho[76].

a.3. La problemática de la adopción

Si bien en el Código Penal derogado y tal como la entendía la doctrina nacional[77] y extranjera[78] la adopción no podía ser subsumida en el

---

[74] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 155.

[75] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 154; MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 294; LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 6.

[76] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 33.

[77] Así ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 117; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 91.

[78] En Argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 12; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 84; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 22. En España QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 2160; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 50.

tipo de parricidio, hoy el Código Penal vigente resuelve la cuestión incorporando de modo expreso el vínculo adoptivo dentro de los alcances del parricidio[79]. Pese a que no deja de ser controversial su acogida nos inclinamos por el tenor de la ley; pues resuelve una evidente laguna. Sin embargo, y pese a la formulación nueva, la problemática que incluye la adopción en el parricidio no deja de ser escasa, saltando a la vista varias interrogantes.

Uno de los problemas consiste en precisar si la relación de parentesco en la adopción se restringe al padre (adoptante) y al hijo (adoptivo) o es que su alcance se extiende a los ascendientes del padre adoptante. Si es así se debe resolver como parricidio el hecho en el que el adoptado mata al padre de quien lo adoptó o viceversa. La solución sea cual fuere su naturaleza debería ampararse a la luz de la oportuna remisión a la legislación civil, que sin embargo, no logra brindar de modo fehaciente una respuesta satisfactoria[80].

Pese a toda la incertidumbre existente, nos inclinamos a calificar como parricidio a toda aquella acción de matar del hijo adoptivo, o viceversa, dirigida tanto contra su ascendiente inmediato, el padre adoptivo, como a los ascendientes de este, abuelo o bisabuelo, por cuanto solo ese puede ser el pensamiento de la ley cuando establece que «por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y **deja de pertenecer a su familia consanguínea**» (artículo 377° CC).

Un pensamiento en contrario se enfrentaría a la ilogicidad de sostener la vigencia de la derogada figura de la adopción menos plena y la sustentación absurda de la pertenencia del adoptado a una doble familia: la del padre que lo adopta y de los abuelos de la familia natural. Aparecería así una rara clase de parricidio dirigido inexplicablemente a una doble organización familiar: la de los padres adoptivos y la de los

---

[79] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 40; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 80; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

[80] Igual silencio que en la legislación sucede y acontece en la doctrina civil nacional, vide CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR, *Derecho Familiar Peruano*, T. II, p. 82.

padres naturales; posición que de prosperar infringiría el precepto legal, el cual dispone claramente que el adoptado deja de pertenecer a la familia consanguínea para incorporarse a una nueva estructura familiar.

El criterio reductor de los efectos de la adopción al padre e hijo adoptivo no ve la limitación que encierra dicha posición respecto al estrechamiento de la relación familiar; olvida, asimismo, la finalidad y razón esencial de la institución de la adopción la cual consiste en proveer al hijo adoptivo de la familia que no posee y de los vínculos socioafectivos que le hacen falta. La familia en la adopción no puede entenderse como limitada solo al padre o al hijo adoptivo, sino que se ha de extender en forma más amplia a todos los miembros posibles de una relación familiar.

Si de los términos legales, y de lo apuntado, se deduce que la adopción implica la incorporación del adoptado a una nueva familia, y en virtud de lo cual el Derecho sustituye a la naturaleza; se entiende con una lógica elemental, que no comete parricidio, sino homicidio en cualquiera de sus diversas modalidades, aquel padre natural que mata a su hijo natural, o viceversa, luego de la adopción, pues esta categoría marca la exclusión del adoptado de la familia consanguínea.

No está demás indicar que la adopción adquiere plena validez jurídica cuando queda fijada en una resolución judicial firme aprobatoria de esta[81]. Allí se inician legalmente las relaciones jurídicas entre el adoptado y el adoptante.

No basta, por tanto, para que haya parricidio que se haya elegido a la adoptante o al adoptado, que se inicien los trámites legales de la adopción[82], que se haya presentado la demanda, que el adoptado viva ya en casa del adoptante; o que haya una resolución de primera instancia. Es necesario que la resolución se encuentre firme y que la misma se haya inscrito en los registros correspondientes.

---

[81] Ibídem, p. 84.

[82] En contra: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 81.

b. Cónyuge o concubino

b.1. Generalidades

Si bien el matrimonio y las uniones de hecho son instituciones y realidades sociales ampliamente arraigadas en la sociedad peruana y en la civilización occidental, su naturaleza con respecto al parricidio es eminentemente normativa, requiriéndose en su entendimiento «una comprensión de sentido» reflejo de una constatación con las disposiciones jurídicas que las regulan. El empleo de los términos cónyuge y concubino en la figura penal del parricidio aconseja su ubicación correcta como *elemento normativo del tipo*[83] dado que si bien se describe una realidad social, la esencia de dicho aparato conceptual es eminentemente jurídico.

b.2. La irrelevancia del matrimonio religioso

El único matrimonio apto para dar pie al parricidio es el matrimonio civil, pues constituye la única unión matrimonial al que el Derecho peruano confiere efectos y consecuencias jurídicas. Quedan descartados de cualquier efecto penal el matrimonio religioso[84], sin distinguir su modalidad y supuestos. El hecho de matar a un cónyuge fruto de un matrimonio religioso podrá constituir una circunstancia genérica agravante del homicidio simple, subsumible en el artículo 46°, pero nunca puede dar pie a la calificación penal de parricidio dado que este se encuentra constituido exclusivamente por el matrimonio civil. Tampoco será abrazado por los alcances del parricidio el acto de matar a una persona con quien media un convenio esponsalicio (artículo 239° CC) o promesa de matrimonio.

Por el contrario, constituye parricidio la acción de matar al cónyuge aun cuando no se realice vida en común o se encuentren material-

---

[83] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 50; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 155; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español*, cit., p. 167; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 521.

[84] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34.

mente separados[85], salvo que se trate de parricidio de comisión por omisión. Dichos factores inciden también en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

Asimismo, la separación de cuerpos (artículo 332° CC) permite la configuración de parricidio ya que deja subsistente el vínculo matrimonial y solo suspende los deberes relativos al lecho y la habitación y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales[86]. Así, también la presencia de cualquiera de las causales de separación de cuerpos y eventualmente de divorcio (artículo 333° CC) no convierten al parricidio en homicidio simple, dejando intacta su manifestación. La relación contractual o de profunda afinidad entre dos ex cónyuges no genera parentesco[87].

El uxoricidio puede presentarse desde el inicio del matrimonio hasta el término del mismo. Efectivamente, el matrimonio civil comienza con la inscripción de la unión matrimonial en el Registro Civil, dada su naturaleza de acto jurídico *ad solemnitatem*, y solo termina cuando se expide una resolución judicial de divorcio o de nulidad o cuando existe la declaración de muerte presunta[88] (artículo 64° CC).

b.3. ¿Se acepta el matrimonio existente o el matrimonio válido?

En la órbita del uxorcidio solo es relevante el matrimonio existente y no la validez del mismo[89], salvo que haya de por medio una expre-

---

[85] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 155; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 42.

[86] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 27; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 82; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 42.

[87] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34.

[88] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 82.

[89] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 86. Con dudas: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 82.

sa declaración judicial de nulidad. Así, en el parricidio el juez, o en su caso el tribunal penal, no discute la validez matrimonial sino solo su existencia[90].

Un matrimonio existente es aquel contraído entre personas de diversos sexos (varón y mujer) con el consentimiento previo de los contrayentes ante un funcionario público competente[91].

Justamente, la nulidad, tanto absoluta o relativa, es el tema que despierta encontradas opiniones en la literatura penal peruana y extranjera a raíz de su repercusión penal. En principio, en la legislación civil patria, la invalidez del matrimonio requiere de modo ineludible una declaración judicial de nulidad (artículo 275° CC) de lo que también puede deducirse que ella no se plantea de pleno derecho[92]. De allí que se entienda que en caso de no mediar la resolución judicial que declara la invalidez del matrimonio, este sigue existiendo y se encuentra vigente, desplegando todos los efectos jurídicos entre los cónyuges, en virtud de que la sentencia de nulidad posee efectos constitutivos y no declarativos.

El problema debe centrarse en aquellos casos en que el matrimonio no había sido anulado con anterioridad al momento de comisión del hecho punible, aunque a esa fecha sí existía el vicio que fundamenta su invalidación[93].

La nueva regulación civil, a diferencia de su predecesora (artículo 1126° CC de 1936), establece que la invalidez relativa del acto, anulabilidad en este caso, produce sus efectos desde la celebración del acto como consecuencia de la sentencia que lo declare (artículo 222° CC).

---

[90] Un criterio en contra parece tener ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 122.

[91] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 82.

[92] CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR, *Derecho Familiar Peruano*, T. I, p. 212.

[93] Por todos, POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 86.

No es muy difícil observar que la declaración de nulidad y anulabilidad del acto jurídico matrimonio poseen efecto retroactivo (*ex tunc*) al momento mismo de su celebración, por lo que resulta equivocado el criterio de ROY FREYRE, quien siguiendo nemotécnicamente a la legislación española, y particularmente a la doctrina de ese país, distingue entre la nulidad que tendría efecto *ex tunc* y la anulabilidad que tendría efecto *ex nunc*[94] cuando ambos supuestos de invalidez en el Perú tienen idéntica consecuencia como es el contraerse a la celebración del acto matrimonial.

Todo lo anotado nos conduce a advertir la notoria diferencia que media entre nuestra legislación y la legislación comparada en cuanto a los alcances de la invalidez relativa. Así, mientras en España[95] antes de la promulgación y vigencia del Código Penal de 1995, y en Argentina[96] las pocas dudas se diluyen cuando se trata de calificar al cónyuge unido por un matrimonio anulable como parricida al poseer solo la anulabilidad con efectos *ex nunc*. En el Perú dicha anulabilidad desplegará poderosos efectos jurídicos, no siendo en ningún extremo irrelevante, dado que podrá modificar la calificación penal del hecho delictivo.

Por otra parte, si se acepta en el uxoricidio la validez del matrimonio como presupuesto fundamental del tipo –cuestión que nosotros rechazamos *ad limine*– los efectos discurrirán en un doble plano: tanto a nivel del error de tipo[97] como a nivel procesal. Si se establece a la validez del matrimonio como razón intrínseca o informante del uxoricidio se tendrá que terminar planteando la presencia de una cues-

---

[94] ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 122.

[95] Vide DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 168; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 522, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 162.

[96] CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 13; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 32, nota 31.

[97] De aceptarse que la validez es presupuesto esencial y constitutivo del matrimonio en el uxoricidio la consecuencia natural es la posibilidad de plantear error de tipo, el cual eliminaría la calificación de parricidio cuando una persona mata a su cónyuge creyendo que su matrimonio es inválido, en razón a que al creer que su matrimonio es nulo cree también que a quien mató no es su cónyuge.

tión prejudicial de carácter extrapenal[98], dilucidable en la vía civil, que suspendería indefinidamente el proceso penal. Posición que, junto a la doctrina penal nacional prevaleciente[99], rechazamos.

Creemos que de existir un proceso penal por parricidio y un proceso civil de nulidad de matrimonio ambos procesos deben correr vías paralelas, sin que mientras dure su periodo de tramitación pueda plantearse alguna interferencia.

Consideramos que en la órbita penal, y básicamente en la calificación de parricidio por uxoricidio, solo tendrá relevancia jurídica la sentencia judicial que declare fundada la acción de invalidez, no importando el tiempo de su expedición, ni si el proceso penal ha concluido o se encuentra en pleno trámite. Así en la realidad judicial pueden surgir dos claros supuestos:

i. Expedirse la sentencia o resolución de invalidez antes de la sentencia penal.

ii. Puede declararse la invalidez del mismo, ya sea la nulidad absoluta o relativa, después de la sentencia calificadora del parricidio.

En el primer supuesto, el tribunal penal quedará vinculado por la sentencia civil debiendo abandonar la calificación por parricidio, no obstante podrá permanecer la imputación penal por homicidio simple. En el segundo supuesto, frente a la existencia de una sentencia penal condenatoria por parricidio la defensa puede interponer un recurso con el objeto de que el título de la imputación sea modificado quedando el castigo solo por homicidio simple.

Nos apartamos diametralmente del criterio sustentado por ROY FREYRE[100], quien hace depender la calificación del parricidio, en los casos de anulabilidad, de la actuación procesal del eventual parricida en

---

[98] Vide GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 155.

[99] Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, *Derecho procesal penal*, Ankor-Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984, T. III, pp. 163 y ss.

[100] ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 122.

la vía civil. El citado autor sostiene la no calificación del parricidio solo cuando la acción de anulación del matrimonio fue planteada antes del evento criminal, afirmando su presencia cuando la acción fue interpuesta posteriormente a esto.

De seguirse y encontrar adeptos este parecer, tendríamos que la calificación y castigo del parricidio dependería exclusivamente de la actividad procesal civil del imputado o, mejor dicho, de su rapidez o «viveza» para plantear e invocar la acción de nulidad. Frente a un caso de invalidez del matrimonio y manejando la lógica dentro de la concepción del ilustre profesor sanmarquino tendríamos que no habrá parricidio, si primero se plantea la acción de nulidad y luego se mata y, por el contrario, existirá parricidio cuando primero se mata y luego se plantea la invalidez.

Si se acepta esta posición, el parricidio y la invalidez del matrimonio aparecerían como categorías jurídicas ornamentales, sujetos no a un criterio de justicia, sino a una inexplicable suerte de rapidez y viveza criolla del imputado o de su defensa. Las limitaciones e incoherencias de este criterio son visibles, de allí que debe abandonarse a la brevedad. Consideramos que la tesis correcta en el uxoricidio debe reparar en un presupuesto esencial: la declaración o no por resolución judicial de la invalidez del matrimonio. El planteamiento de la oportunidad de la acción de nulidad queda relegado a un segundo plano, como dato tan irrelevante como anecdótico.

b.4. El matrimonio putativo y el matrimonio en el extranjero

El matrimonio putativo (artículo 281° CC), que tantos problemas y pronunciamientos doctrinales ha despertado en Argentina[101], en el Perú no provoca mayores inconvenientes, pues se lo descarta como posible causa jurídica del parricidio. Los efectos civiles posteriores que produce el matrimonio invalidado respecto a los cónyuges e hijos, a tenor de lo prescrito por la ley, se regularán como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio[102].

---

[101] Vide FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 87; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 52; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 22 y ss.

[102] En sentido distinto: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 81.

En lo que atañe al uxoricidio en territorio peruano y que se comete entre cónyuges extranjeros debe tenerse en cuenta el estatuto personal de los mismos y básicamente se debe valorar que la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración[103] (artículo 2076° CC). Puede suceder que el matrimonio religioso contraído en el extranjero desencadene en el Perú la calificación de parricidio, siempre y cuando esa forma de matrimonio se encuentre reconocido con plenitud de efectos jurídicos en el país donde se produjo la unión conyugal.

b.5. El caso de los concubinicidas

Un asunto de importancia y tal vez de mayor complejidad que el uxoricidio es el referido a las uniones de hecho capaces de desencadenar parricidio, en su vertiente de concubinicidio[104]. Esta modalidad constituye la principal novedad en la redacción de la figura cuyo *nomen iuris* es objeto de estudio. La dificultad del concubinicidio aparece por partida doble. Por un lado, surge la difusa delimitación jurídica y conceptual de la institución y, por el otro, emerge, con mayor grado de problematicidad, la respectiva demostración y prueba de las uniones de hecho.

La ley no señala claramente si cuando alude al concubinicidio comprende solo al concubinato legal o si su propósito es más bien abarcar todo tipo de concubinato, tanto legal o ilegal, el cual a la vez representa una de las prácticas sociales más extendidas en las diversas capas de la población[105]. Sin dejar de desconocer la omisión legislativa al respecto creemos que desde un plano *teleológico-normativo*, más que de una perspectiva social, la ley solo pretende proteger en el parricidio a algunos concubinatos que coinciden con aquellos que la ley civil brinda relevancia en cuanto a sus características y efectos. Por tanto, quedan sin protección las uniones de hecho que no cumplan con determinados presupuestos.

---

[103] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 519.

[104] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 40 y 43; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

[105] Reconoce el concubinato de manera amplia: VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 34.

Deben considerarse concubinatos legales abrazados por el parricidio aquellas uniones de hecho que cumplen con los requisitos enunciados en el artículo 326° Código Civil[106] como son:

i. Constituir una unión voluntaria entre varón y mujer.

ii. Que la unión de hecho tanto del varón como de la mujer se encuentre libre de todo impedimento matrimonial.

iii. Que por el concubinato se pretenda alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio.

iv. Que la unión de hecho haya durado por lo menos 2 años continuos.

Respecto al primer requisito se entiende que solo una unión libre, espontánea y con pleno discernimiento puede engendrar un concubinato legal. No pueden ser abrazados por el parricidio las uniones de hecho iniciadas con violencia o intimidación de un concubino sobre el otro.

Una problemática especial reviste determinar si constituye o no una unión de hecho, y con ello concubinicidio, una relación mantenida por más de 2 años entre adolescentes que recién cumplen los 18 años, luego de lo cual uno mata al otro. Frente a esta situación creemos que debe negarse la presencia de una unión de hecho válida, dado que esa relación se ha mantenido entre impúberes, lo que implica incurrir en una causal de impedimento matrimonial (artículo 241° inciso 1) obstativo del concubinato legal.

Frente al segundo requisito para la legalidad de las uniones de hecho, consideramos que el legislador ha pretendido investir de semejantes formalidades al concubinato respecto al matrimonio. Para ello, establece que no hay concubinato legal cuando los concubinos se encuentran incursos en los impedimentos matrimoniales regulados en el artículo 241°, y por extensión el artículo 243°, como son las causales de impubertad, la dolencia de enfermedad crónica, los sordomudos, los ciegosordos, los casados, los consanguíneos en línea recta, los consan-

---

[106] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 25.

guíneos en línea lateral, etc. En tales supuestos en caso de concurrencia de cualquier impedimento matrimonial se da por ausente el concubinato legal, por lo que desaparecería también la calificación de parricidio. Por ello, se debe descartar como parricidio la muerte de la amante[107] o la querida.

Un tercer presupuesto que el legislador enuncia en la unión de hecho es que los concubinatos busquen cumplir las finalidades y deberes semejantes al matrimonio, como son los deberes de fidelidad, el deber de alimentar y educar a sus hijos, la obligación de hacer vida en común, etc. Por tanto, entendemos que no cumple con los requisitos fijados en la ley la relación libre entre varón y mujer, sin convivencia, que se basa en puras relaciones sexuales.

La regularidad de las relaciones sexuales, sin convivencia, no debe ser equiparada al concubinato legal, pues el sexo puede ser un indicador o un elemento del concubinato, pero no es el elemento decisivo ni la condición última o suficiente.

Finalmente, el cuarto requisito exige que la unión de hecho haya durado por lo menos 2 años continuos[108]. Esta exigencia se refiere no tanto a la permanencia y duración del concubinato como estado de hecho sino solo se alude a un lapso de continuidad de la vida en común que puede aceptar ciertos periodos de **intermitencia en la relación**.

En el concubinicidio queda por determinar si la ley exige el hecho que se haya tenido dicha unión en el pasado, tal como señala su texto o

---

[107] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 8.

[108] La Corte Suprema de Justicia ha señalado en este sentido: «Que de las pruebas actuadas se deduce que las relaciones del imputado con la víctima tenían un año y dos meses de convivencia, versión ratificada al rendir su manifestación obrante a fojas 35, continuado fojas 262, por lo tanto realizando una interpretación gramatical, histórica, teológica acorde con la doctrina mayoritaria, en concordancia con el artículo 326º del Código Civil (en donde se exige como requisito de convivencia con un tiempo mínimo de dos años continuos), concluiremos que los hechos materia de la instrucción no se subsumen al caso en estudio, por no concurrir el elemento de relación de vinculación de parentesco entre el autor y la víctima», vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 1197-2004 de fecha 15 de julio de 2004 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. I, p. 77).

bien es necesario requerir que el concubinato exista y se encuentre vigente en el momento que se produce el acto de matar.

La posición correcta debe exigir la **actualidad del estado de hecho** como relación jurídica. No basta que solo se haya tenido anteriormente esa relación de hecho, pues lo que configura la naturaleza jurídica de la unión de hecho, no es el haber mantenido una relación pretérita de carácter convivencial sino el detentar actualmente el rango de concubino. Solo la convivencia y la vida en común confiere al concubinato su razón de ser. En tal sentido, resulta plausible la posición mantenida por la Corte Suprema de Justicia cuando calificó como homicidio simple, y no como parricidio, al autor que dio muerte a su antigua pareja con quien había procreado una hija, pero con la que no desarrollaba al momento de los hechos algún vínculo convivencial[109].

c. *Excursus*: cuestiones probatorias

c.1. Libertad probatoria

Si la determinación del objeto material en el parricidio es asunto controversial, mucho más problemático es precisar, los mecanismos probatorios tendientes a demostrar la verdadera concurrencia del parentesco como único fundamento de la existencia del parricidio, ya se lo contemple como figura autónoma o como homicidio agravado.

En materia penal, la averiguación de la filiación natural es libre y amplia pudiéndose utilizar cualquier medio probatorio[110] con la sola limitación de su licitud y pertinencia. Asimismo, la sana convicción del juez, la libertad de crítica y de conciencia son las naturales restricciones que se emplean como frontera para las valoraciones de la prueba. Al respecto, el Derecho punitivo brinda mayor

---

[109] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1838-2000 de fecha 2 de agosto de 2002 (en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 343).

[110] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 85; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 521; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 160.

libertad probatoria en la averiguación de la verdad concreta que el Derecho civil[111], que se encuentra vinculado al descubrimiento de la verdad formal y posee mayores solemnidades. No estamos de acuerdo con quienes sostienen que la probanza de la filiación o la existencia del matrimonio deben regirse por los preceptos que sobre la materia albergue el Código Civil[112].

Puede admitirse también la posibilidad de que los instrumentos públicos que acreditan supuestamente una relación entre el autor y la víctima sean susceptibles de prueba en contrario dentro del proceso penal sobre la base del aludido principio constitucional de libertad probatoria, pues un funcionario público que asienta una declaración de parte (v. gr. partida de nacimiento), no puede dar fe categórica de la verdad o no del hecho que se ha reconocido ante él[113].

En la probanza del parricidio propio puede faltar un principio de prueba escrita que puede ser suplido tanto por el trato indubitable en una relación de padres e hijos como por la confesión del autor[114] respecto al vínculo parental con la víctima. No se exige para la demostra-

---

[111] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 155; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54.

[112] Cfr. ALIMENA, BERNARDINO, *Delitos contra las personas*, p. 194; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 85; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 33. De otra opinión: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 41; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 82.

[113] Vide la jurisprudencia argentina citada por: LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 6.

[114] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 10, quien cita los criterios contradictorios de la jurisprudencia argentina. En contra: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 41; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 33 y ss, nota 37, quien exige el cumplimiento de las formalidades que en materia probatoria la ley civil dispone para la demostración de la filiación, argumentando que: 1º La filiación no es un hecho de interés puramente privado, sino un estado en cuya estructura está interesado el orden público, 2º que el acto particular como es la confesión del reo no puede dejar sin efecto las leyes que interesan al orden público. En el Perú se descarta también la confesión del imputado y la prueba de testigos como prueba suficiente en la acreditación del parricidio citando jurisprudencia (HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 95).

ción de la calidad de ascendiente o descendiente, una declaración previa, formalmente reconocida en la vía civil (escritura pública, testamento, inscripción en los registros civiles) pues basta acudir a otros medios **lícitos** para demostrar el parentesco. Por tanto, no se requiere la existencia de una partida de nacimiento[115], el reconocimiento del hijo o una sentencia declaratoria de paternidad[116].

La jurisprudencia peruana yerra cuando señala que «*no basta para la configuración del parricidio el hecho que el autor sepa que la víctima es su ascendiente, descendiente o cónyuge, sino que debe probarse el vínculo familiar con la respectiva partida de registros del estado civil o con los instrumentos públicos en los que conste la filiación, por consiguiente la confesión del reo, las testimoniales o cualquier otro elemento resultan insuficientes*» [117], pues impone criterios formales por encima del principio constitucional de libertad probatoria y de la investigación adecuada de la verdad.

En otra oportunidad la Corte Suprema ha señalado, que pese a la existencia de una partida de nacimiento en donde aparece consignado el nombre del occiso como padre del encausado, este hecho es insuficiente, porque no demuestra la existencia de un reconocimiento expreso de paternidad ni un reconocimiento judicial[118]. Más allá de dicha aseveración resulta sumamente lamentable y deficitario que la Corte Suprema no explique ni señale cuáles son las razones por las que estima que la partida de nacimiento carece de valor probatorio, que es en realidad el problema de fondo, siendo excesivo e innecesario establecer que se descarta el parentesco debido a que no hubo reconocimiento de paternidad, ya sea unilateral o judicial.

---

[115] En sentido distinto: la sentencia de la Sala de Reos en Cárcel de Chachapoyas recaída en el Exp. Nº 98-0104-O1O1O5JXOP-Amazonas del 18 de diciembre de 1998 que absuelve por parricidio.

[116] De otra opinión: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 41.

[117] Vide el Exp. Nº 2475-98 Puno, en la *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 4, Trujillo, 2000, p. 353.

[118] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1902-2003 de fecha 12 de agosto de 2003, en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, cit., T. II, p. 848.

Las dudas acerca de la efectiva relación de filiación, o en general del parentesco, no deben ser cargadas al imputado, sino que cobran aquí vigencia las reglas inherentes a la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*[119], en la medida que se trata de dudas razonables.

c.2. Filiación extramatrimonial

En la filiación extramatrimonial los medios probatorios no quedan reducidos a lo expresamente prescrito por la ley, como son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o de la maternidad, sino que pueden ampliarse a otras vías como la confesión o, en supuestos limitados, a la prueba de los testigos. Si el parricidio propio tiene su base en una relación de consanguinidad se entiende que esa relación de hecho debe probarse y producirse empleando cualquier medio lícito.

No es determinante en la configuración del parricidio la existencia de un reconocimiento previo[120] de naturaleza formal (artículo 399° CC). En tal sentido, habrá también parricidio cuando el amante mata a su hijo engendrado en relaciones adulterinas con una mujer casada, aun cuando pese sobre el hijo la presunción legal del hijo matrimonial (artículo 362° CC).

Incluso, cuando sea imposible jurídicamente la constatación de la paternidad por parte del marido al haber caducado su derecho de acción (artículo 364°) quedaría subsistente el parricidio aludido[121].

---

[119] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 9.

[120] La razón le asiste a FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 85, cuando afirma que «es muy grande el número de parientes naturales que tienen trato de padre a hijo y de nieto a abuelo, al igual al de los ascendientes y descendientes legítimos sin haber llenado el requisito de la anotación en el Registro Civil. En un medio así, parece más real y práctico asimilar los hijos legalmente reconocidos a los que no lo están que los legítimos a los que no lo son, aunque el punto de vista no deje de presentar dificultades prácticos».

[121] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 49.

c.3. Parentesco en la adopción

Si bien en la prueba de la filiación por vínculo consanguíneo (parricidio propio) existe la más amplia libertad probatoria; en materia de parricidio del hijo o padre adoptivo, la libertad de la prueba se reduce a las pautas señaladas por la institución de la adopción, en virtud del fundamento normativo y eminentemente jurídico que inspira esta institución. El juez o tribunal deberá exigir en estos casos la resolución judicial consentida y ejecutoriada que declara la adopción. No es necesaria la inscripción de la sentencia en los registros civiles.

c.4. Parentesco matrimonial

Respecto al matrimonio la actividad probatoria debe modificarse si se la compara con la libertad de prueba propia de la filiación natural[122]. Para su demostración se debe estar a lo regulado por la ley civil[123]. Para reclamar los efectos civiles del matrimonio deben presentarse copia certificada de la partida del registro de estado civil[124] (artículo 269° CC). En el supuesto que exista un defecto puramente formal de la partida de matrimonio, la posesión constante de dicho estado subsana este vicio. No basta acompañar el documento de identidad (DNI) donde se consigna el estado de casado, como la partida de matrimonio religioso[125].

En el caso de falta o pérdida del registro o del acta correspondiente es admisible cualquier otro medio de prueba (artículo 270° CC) como la declaración de testigos, v. gr. la de los hijos, las partidas de nacimientos de estos, la celebración de negocios jurídicos en donde se deja constancia de la unión conyugal[126], etc. Si bien es válido lo dicho para la

---

122 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28.

123 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 27.

124 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 41. En el Derecho argentino vide el pronunciamiento de la Cámara Nacional Penal en *La Ley* 90-224 citado en: LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 9.

125 Este último vide LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 10.

126 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 94; IDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 42.

prueba del matrimonio como estado, no creemos que puede extenderse lo dicho frente a la incertidumbre del matrimonio como acto.

En tal sentido creemos inaplicable en la órbita penal la presunción jurídica alojada en el artículo 273° del Código Civil, en donde se establece que «la duda sobre la celebración del matrimonio se resuelve favorablemente a su preexistencia si los cónyuges hubieran vivido en la posesión constante de ese estado»; dado que representaría una enojosa violación del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*.

c.5. El concubinato

Si la dificultad probatoria en algunos supuestos del parricidio encierra cierto grado de dificultad, la prueba en los casos de concubinicidio arriba a una complejidad extrema más aún si se toma en cuenta que una unión de hecho difícilmente posee un principio de prueba escrita. Así, mientras el uxoricidio logra probarse merced a la presentación de la partida de matrimonio el concubinicidio carece de esa ventaja probatoria.

Pese a todo el legislador, inexplicablemente, exige como requisito para la demostración del concubinato un principio de prueba escrita que deberá concurrir como prueba ineludible, dado que es un presupuesto legal. Frente a este problema queda por resolver si se acepta este deber jurídico civil como vinculante en el proceso penal o se prescinde de él.

Tomando partido, creemos, que semejante principio no puede prosperar, aun cuando no negamos las controversias que despierta, por cuanto el concubinato común prescinde de cualquier formalidad escrita al basarse solo en una relación de hecho cuya característica principal es la convivencia común y no en un documento en donde conste tal estado. Todo esto cobra importancia si se pondera que la apelación al concubinato en las personas, se funda en una huida de la formalidad y de las obligaciones que emanan del matrimonio y porque cuenta con un vínculo informal que permite eludir la naturaleza escritural del matrimonio. Creemos, que de seguirse el criterio del principio de prueba escrita en el concubinato no se estaría planteando otra cosa que la im-

punidad e inaplicabilidad del parricidio en la modalidad de concubinicidio.

3. Comportamiento típico

a. Medios materiales y medios morales

El artículo 107° del Código Penal al referirse al parricidio prescribe de modo general que comete este delito el que mata a su descendiente, ascendiente natural o adoptivo, cónyuge o concubino.

Dicho artículo no emplea ninguna formulación específica en la determinación de las modalidades de acción o la índole de los medios empleados para provocar y causar la muerte del pariente. De allí que se acepte la aptitud de que el parricidio se produzca a través de los medios directos o indirectos. Asimismo, aquí se acepta la posibilidad de comisión a través de los medios morales o psíquicos a pesar de la dificultad de la prueba y de los demás problemas que se originen. Hay parricidio pese a que la muerte no sobrevenga de manera inmediata[127], sino que tarde en producirse.

b. La comisión por omisión

Respecto a la naturaleza o modalidad del comportamiento típico, creemos que es indiferente reparar si se trata de comisión u omisión (comisión por omisión). Si bien la revisión de los anales jurisprudenciales nos permiten observar la abrumadora mayoría de perpetración del parricidio sobre la base de conductas comisivas que son acompañadas del empleo de determinados medios mecánicos, también se pueden encontrar supuestos de parricidios por omisión impropia[128], v. gr., dejar morir a un hijo privándole de los alimentos, dejar que un padre anciano se ahogue,

---

[127] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 518.

[128] Vide RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 54; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 157; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 50; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 518, VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 33; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 25; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

pese a que el hijo puede impedirlo. En la omisión impropia del parricidio es necesario reparar en tres aspectos esenciales: primero, la relación de parentesco entre la víctima y el autor del delito; segundo, establecer una efectiva posición de garantía del autor[129], y finalmente la equivalencia valorativa entre acción y omisión.

La jurisprudencia peruana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de parricidio consumado por omisión impropia en el caso de una niña que falleció de una enfermedad en las vías respiratorias (*bronconeumonía*) a raíz de que su padre lo abandonara en las inmediaciones del río Rímac, descartando la calificación de tentativa de homicidio que había efectuado la sala superior[130]. En este caso si bien en un primer momento, el padre abandona a su hija realizando un comportamiento activo, el desarrollo del proceso infeccioso y la muerte, se produjo porque el padre pese a la indiscutible posición de garante en función de la situación de dependencia de su hija[131] omite neutralizar o controlar el peligro (actuar como barrera de contención del riesgo) que había creado con su comportamiento inicial permitiendo el desenlace del proceso causal.

La Corte Suprema ha castigado como autora de parricidio a la conviviente que «*había dejado sin seguro la puerta y las ventanas*» para que su amante entrara al domicilio del occiso premunido de un arma de fuego, disparando al agraviado en la cabeza, produciéndole la muerte[132]. Más allá que del relato de hechos la Corte Suprema dé por debi-

---

[129] Incide en este aspecto: VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 33.

[130] Vide la sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Exp. Nº 4319-97, de fecha de octubre de 1997, en BRAMONT ARIAS TORRES, Luis ALBERTO, *Jurisprudencia en materia penal*, Lima, 2000, pp. 88 y 89.

[131] Lamentablemente, la ejecutoria suprema más allá de lo interesante del caso no señala la edad de la hija, ni el tiempo que aproximadamente estuvo abandonada, no desarrolla el contexto situacional: las circunstancia ambientales (estación del año, temperatura promedio el día de los hechos, etc.), las razones que impulsaron al padre a abandonar a su hija, entre otros factores. Ello demuestra una vez más la pobreza y escasez de los hechos, la prueba y demás datos que a veces hay en las ejecutorias supremas.

[132] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 505-2004, de fecha 2 de junio de 2004 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. II, p. 135).

damente demostrada la responsabilidad penal de la conviviente, resulta alta y profundamente deficitario que no haya hecho mención a que se está ante un supuesto de comisión por omisión. Asimismo, tampoco desarrolló las razones por las que se imputaba la posición de garantía –debía desarrollar y explicar cuáles son las razones por las que una conviviente es garante– y por qué si su comportamiento se limitó a dejar sin seguro la puerta, cómo dicha conducta no es subsumible como complicidad omisiva en vez de autoría.

Un sector importante de la doctrina[133] considera que la relación de parentesco en la medida que fundamenta una posición de garante descarta la posibilidad de aplicar la omisión impropia en el delito de parricidio, dejando subsistente la calificación del hecho a título de homicidio simple, pues de otro modo se estaría infringiendo la garantía del *non bis in idem*[134]. La única posibilidad de estimar el parricidio por omisión impropia es el caso en el que la posición de garante se base en una posición material distinta al parentesco, v. gr. condición de salvavidas además de padre del hijo que se está ahogando[135].

c. La posición de garantía material

No basta con constatar la concurrencia de la relación y vinculación de parentesco entre el autor y la víctima según la descripción contenida en el dispositivo legal (ascendiente, descendiente, cónyuge o concubina). Es imprescindible demostrar la efectiva posición de garantía en el hecho criminal como la equivalencia valorativa.

Incluso, un sector de la doctrina estima que la consideración del parentesco en el parricidio por omisión impropia no debe guiarse por los criterios tradicionales de la teoría formal, sino más bien por la teoría material de la posición de garante; de tal manera que se exija de manera real y convincente una situación de dependencia como ocurre

---

133 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 28.

134 Vide POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 83.

135 Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 29.

con el niño respecto a su padre o el caso del padre anciano que no puede valerse por sí mismo y requiere de sus hijos adultos[136]. Todo ello lleva a establecer que la posición de garantía no se levanta exclusivamente en la relación formal de parentesco, sino sobre «*reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas*, y no la existencia de simples vínculos jurídicos»[137].

De llevarse hasta las últimas consecuencias esta tesis la conclusión sería que la posición de garantía del parentesco (o por el vínculo natural) decae cuando hay una separación de hecho[138], cuando media divorcio, o cuando el deterioro de las relaciones entre ambos cónyuges es grave[139] y ha llegado hasta tal punto que ya no puede hablarse de relación especial de confianza[140].

Para la existencia de la omisión constitutiva de parricidio es necesario comprobar previamente una situación típica[141], la cual junto a la ausencia de acción y la capacidad de acción individual, la posición de garante y la manifestación de un resultado, forman el tipo objetivo de los delitos de omisión impropia[142].

En el parricidio impropio posee especial importancia la función de protección del bien jurídico «vida» que emana tanto de un vínculo natural[143] como de las comunidades de vida[144] (como es el matrimonio o el concubinato).

---

[136] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 156.

[137] BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 53.

[138] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 13/39, p. 470; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 758, num. 1956.

[139] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 280.

[140] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 112; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 758, num. 1956.

[141] Extensamente JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 848.

[142] Vide MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 333.

[143] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 856.

[144] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 258 y ss.

VIII. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

1. Antijuridicidad

En el parricidio hay un interés por el estudio de la legítima defensa como causa de justificación. A tal efecto, vale lo apuntado anteriormente cuando se la estudió en el homicidio simple. Sin embargo deben realizarse dos observaciones previas:

i. La eventualidad que la legítima defensa sea de un tercero y la agresión haya provenido del ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino. En esta hipótesis es necesario analizar la naturaleza e intensidad de la agresión como la necesidad de defensa y el vínculo que une al defensor con el tercero, por cuanto es muy común que un hijo salga en defensa de su madre cuando es objeto de una agresión física por parte, por ejemplo, de su padre.

ii. La restricción hecha por un sector doctrinal de la posibilidad de plantear legítima defensa cuando existe agresión legítima de un cónyuge o concubino sobre el otro, estableciendo la prohibición de recurrir a un medio defensivo mortal. Este criterio se funda en una supuesta tolerancia de agresiones a la integridad corporal entre consortes[145] y en la obligación de solidaridad frente al agresor. Nosotros no justificamos la restricción de la legítima defensa frente a las agresiones físicas.

   Por el contrario, es posible encontrar un argumento para la afirmación de la legítima defensa en estos casos, pues no solo se agrede ilegítimamente al cónyuge sino que se quebranta el **deber** de respeto y asistencia (artículo 288° CC) que debe primar en una relación social de este tipo. El cónyuge agredido tiene expedito el camino para alegar la legítima defensa.

2. Culpabilidad

En el parricidio puede concurrir, tal como lo hemos apuntado, perturbaciones morbosas del carácter y el temperamento (esquizofrenia,

---

[145] Ibídem, p. 451.

neurosis, etc.), situaciones psíquicas que predisponen al autor a la comisión del injusto. Es necesario realizar sobre el delincuente parricida un peritaje psiquiátrico para definir la concurrencia o no de una causal o condición de imputabilidad.

IX. TIPO SUBJETIVO

1. El dolo

a. Forma de dolo. Posibilidad de conocimiento unilateral

En aplicación del artículo 12° del Código Penal y en razón a la estructura misma del delito de parricidio es indudable que la única modalidad subjetiva que acepta esta figura es la **dolosa**. Es irrefutable la posibilidad de comisión por dolo directo tanto en sus formas de primer grado (intención o propósito) y de segundo grado (dolo de las consecuencias necesarias). Sin embargo, hay dificultad cuando se plantea el empleo del término **a sabiendas** respecto a si es compatible o no con el dolo eventual.

El vínculo parental o la relación semejante (concubinato) no solo debe existir en la realidad, sino que ha de ser conocido por el autor[146]. Asimismo, no basta que el autor crea que mata a su pariente. Es necesario que el vínculo o la relación jurídica protegida en el artículo 107° concurran en la circunstancia concreta[147].

El conocimiento de la relación de parentesco tal como viene planteada por la ley solo exige que sea **unilateral**, es decir, únicamente es indispensable que el autor conozca que mata a su ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino. No se requiere que la víctima conozca también la relación de parentesco o identifique que quien la mata reúne una de las circunstancias reguladas en el parricidio. Por tanto, hay parricidio aún en los casos en los que la víctima pese a identificar al autor desconoce que le une a él un vínculo jurídico.

---

[146] Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 294.

[147] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 3.

Asimismo, no es necesario que el autor conozca la validez jurídica de la relación parental, por ejemplo, que su matrimonio es válido o que despliega todos los efectos jurídicos. Es suficiente que conozca la relación parental concreta. Si el autor cuando mata a su cónyuge cree que su matrimonio es inválido solo habrá incurrido en un error de subsunción[148], pero no de tipo.

b. La problemática del "a sabiendas"

La utilización de la frase ***a sabiendas*** implica una referencia que abarca tanto al parentesco como a la muerte[149]. No puede tener acogida la restricción del término *a sabiendas* solo a la agravante del parentesco[150], como también es errada aquella afirmación que «*la frase a sabiendas sirve para diferenciar la conducta delictiva del parricidio del homicidio simple*»[151].

Debe rechazarse, por tanto, la tesis que desdobla, de manera incorrecta, el elemento intelectual o cognoscitivo del parricidio en un doble sentido: por un lado, se exige la certeza plena y la seguridad subjetiva en cuanto al conocimiento del parentesco, ya sea del vínculo consanguíneo (ascendiente o descendiente) o del vínculo por afinidad; y por otro lado, solo se exige dolo eventual o conocimiento probable de la muerte del pariente.

Según dicho punto de vista se postula la limitación del requisito legal del *a sabiendas* al conocimiento de la relación de parentesco y se deja el conocimiento de la muerte a la simple constatación de una relación de probabilidad o posibilidad[152]. Pese al ingenio puesto en la cons-

---

148 Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 84.

149 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83.

150 Así, empero, VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 35; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 27.

151 Así, SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 28.

152 Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 35, nota 60, quien afirma además que en la legislación española es dominante el criterio que en el parricidio cabe el dolo eventual. Si bien tal aclaración era cierta a luz de la codificación derogada, el autor citado, descuida y omite revisar la misma regulación legal hispana del parricidio antes de 1996 que no exigía como en nuestra patria el requisito del a sabiendas como elemento subjetivo.

trucción de este planteamiento no podemos suscribirlo, pues hace énfasis solo en uno de los elementos del parricidio: el parentesco, reduciendo, por otro lado, la producción de la muerte a una probabilidad o posibilidad de causación.

Se olvida así, que el requisito legal del *a sabiendas* se extiende con igual intensidad tanto a la muerte como al parentesco y no solo a uno de ellos. El texto normativo admite esta única interpretación cuando señala: «El que, *a sabiendas mata a su ascendiente*». Queda entonces, reflejado que el empleo de este elemento subjetivo se dirige tanto a la muerte como al parentesco. Para la ley uno y otro elemento forman un todo indivisible que requiere una apreciación global por parte del autor activo. Es errada la consideración de un conocimiento separado o múltiple dirigido, por un lado, a exigir certeza al parentesco y duda respecto a la muerte. Uno y otro requieren la misma intensidad y nivel de cognición[153].

c. ¿Se puede o no admitir el dolo eventual en el parricidio a pesar del empleo del término *a sabiendas*?

La respuesta está condicionada a la posición que se adopte sobre una teoría del dolo eventual[154]. Así, para quienes participan de la teoría de la probabilidad, el empleo del término *a sabiendas* no excluye el dolo eventual, pues se considera que la esencia de esta clase de dolo se reduce al aspecto intelectual en la que basta solo saber y tener certeza plena (subjetiva) que existe una probabilidad (objetiva) de lesión del bien jurídico «vida».

---

[153] Tanto el elemento objetivo (muerte y parentesco) como el elemento subjetivo forman el parricidio. Ninguno tiene preeminencia sobre el otro. Si falta el conocimiento seguro (a sabiendas) y concurre la muerte del pariente no estamos frente a un parricidio sino simplemente un homicidio simple u homicidio culposo. Asimismo, si falta la muerte del pariente y se mata a otro existiendo un elemento final de por medio, no existirá parricidio dado que no solo es el aspecto subjetivo el que configura el parricidio sino también el aspecto objetivo. En contra: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 120, quien siguiendo a Quintano imprime el acento exclusivamente en el elemento espiritual o subjetivo.

[154] Por todos, HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 134.

El autor requerirá, según la posición glosada, saber que la posibilidad de afectación del bien jurídico «vida» es alta. De todo ello se sigue la distinción entre el conocimiento de la probabilidad, que puede ser segura, de la probabilidad del conocimiento y de la misma duda. Solo en el primer caso existirá dolo eventual.

Por otra parte, para quienes se afilian a la teoría del consentimiento, tanto en sus variantes del conocimiento hipotético y el consentimiento positivo, el empleo del término *a sabiendas* implica una exclusión del dolo eventual[155], dado que con el empleo de la fórmula *a sabiendas* se haría una referencia concreta al dolo directo de segundo grado. Para esta tesis es evidente que la esencia del dolo eventual es la inseguridad del resultado que no se compadece con la exigencia de certeza solicitada por el tipo en comentario. La teoría del consentimiento añade a la estructura probable, intrínseca del dolo eventual, un elemento volitivo característico de toda clase de dolo. En esta teoría el elemento cognoscitivo de la teoría de la probabilidad no basta para explicar su naturaleza, siendo necesario añadir un aspecto volitivo como el consentir o el conformarse.

Al asumir una posición al respecto creemos que el empleo, por parte de la ley, del término *a sabiendas* implica que el legislador patrio pretende exigir una especial modalidad de dolo como es el dolo directo, ya sea de primer o de segundo grado, excluyendo, desde cualquier perspectiva, la presencia del *dolo eventual*[156]. De otra manera, sería inútil explicar la razón que tuvo el codificador patrio para acuñar en el parricidio la referencia del *a sabiendas*, pues si ha empleado una nueva formulación, distinta a la común, es porque pretende decir algo más

---

[155] Vide MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 392, quien destaca que el empleo del término a sabiendas descarta el dolo eventual, sin embargo, señala que ello es una cuestión de interpretación del tipo concreto. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, cit., T. III, p. 348, establece que la acuñación aludida parece ser una fórmula que en las legislaciones latinas se emplea para excluir el dolo eventual. Así también: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 404.

[156] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 43; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83. En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 27.

de lo que dice siempre una ley y que abarca todas las formas de dolo. Ninguna palabra del legislador debe considerarse tautológica o redundante. Si la ley utiliza el término *a sabiendas* es porque quiere excluir la inseguridad o el conocimiento de la probabilidad, propia de la naturaleza del dolo eventual, lo cual quiere decir que no toda modalidad de conocimiento forma la esencia del parricidio, sino solo el conocimiento de la certeza que dimana del saber[157].

Si la motivación del legislador hubiera radicado en incluir el dolo eventual junto a las demás clases de dolo le hubiese bastado dejar sin ninguna referencia subjetiva especial al tipo de parricidio.

La restricción solo al dolo directo con exclusión del dolo eventual en virtud al empleo y utilización de la fórmula *a sabiendas* es el criterio dominante en la doctrina nacional[158] y extranjera[159] cuando se estudia el parricidio.

Se debe distinguir entre el elemento subjetivo del tipo (*a sabiendas*) del hecho que el autor actúe con culpabilidad (v. gr. perturbación o alteración de la conciencia), pues la ley solo exige la actuación dolosa intensificada en cuanto al conocimiento y no que el autor obre de manera imperturbable o en un adecuado estado anímico. En tal sentido, puede haber un comportamiento doloso, sin que el sujeto sea culpable o su culpabilidad se encuentre disminuida[160].

2. El error

En la medida que el dolo debe extenderse a los elementos esenciales del tipo o a las circunstancias que agravan la responsabilidad[161] como

---

[157] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83, quien considera que el autor debe tener certidumbre; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 43.

[158] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 44; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 121.

[159] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 92; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 35. En contra: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 16; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 89.

[160] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83.

[161] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 8/43, p. 343; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 393; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 72; DE FIGUEIREDO DÍAS,

el parentesco, el error sobre los presupuestos típicos del artículo 107° determinará el tratamiento y la calificación jurídica por el tipo básico (homicidio simple). Ello ocurre, por ejemplo, cuando se cree que se mata al tío –porque así nos lo ha hecho saber nuestra madre, la familia y ese ha sido el trato desde niño– pero en realidad el occiso resulta ser el padre biológico.

El error como toda circunstancia atenuante o eximente debe ser también acreditado de manera adecuada[162] mediante una prueba válida, pertinente y útil.

Una problemática especial en el parricidio viene representada por el error el cual presenta peculiaridades y caracteres propios:

a. El ***error in personam***: presenta un haz de posibilidades que requieren un tratamiento específico. Así:

i. El resultado es de igual gravedad que el deseado por el autor. En esta hipótesis sucede, por ejemplo, que el sujeto activo pretende matar a su padre pero alcanza a su esposa. Aquí el autor responderá por parricidio siendo el error irrelevante.

ii El resultado es de mayor gravedad que el querido por el agente. El sujeto activo pretende matar a alguien determinado pero termina matando a un pariente, v. gr. X quiere matar a su hermano pero alcanza con su disparo a cualquiera de las personas comprendidas en la órbita del parricidio. La responsabilidad penal será a título de homicidio simple, dado que se quería matar a un hombre y se mata al padre que también es un hombre[163].

iii. El resultado es de menor gravedad que el pretendido por el agente. En esta hipótesis tenemos que la intención del sujeto se dirige a ma-

---

Direito penal. Parte general, cit., T. I, p. 340; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 312; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 454, num. 1189; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354.

[162] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 3.

[163] Así: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 383; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 52; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 83; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 29.

tar a su padre, pero el resultado que se alcanza es matar a un extraño. La responsabilidad penal será juzgar al autor por homicidio simple[164], pues se quiso matar y se mata dolosamente[165] a otra persona[166].

b. El *aberratio ictus*: presenta las modalidades siguientes:

i. El resultado es de igual gravedad que el pretendido por el autor. Aquí el sujeto activo yerra en la ejecución de su conducta, v. gr. quiere matar a su padre pero por defecto en su ejecución mató a su madre. Si bien una corriente tradicional de la doctrina puede inclinarse a sostener la presencia de un parricidio consumado, lo cierto es que se está frente a una calificación de tentativa de parricidio en concurso con homicidio culposo (no parricidio culposo) pues el resultado producido no se encontraba comprendido por el dolo[167].

ii. El resultado es de mayor gravedad que el deseado por el agente. En esta hipótesis el sujeto quiere matar a un extraño, pero por una defectuosa ejecución o error en el golpe alcanza ya sea a uno de sus descendientes o ascendientes, cónyuge o concubino. La responsabilidad penal será por tentativa de homicidio simple en concurso ideal con homicidio culposo[168].

iii. El resultado es de menor gravedad que el querido por el agente. En este caso el agente busca, por ejemplo, matar a su hijo pero

---

[164] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48. En contra: VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38, quien sostiene la presencia de homicidio culposo.

[165] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 383.

[166] En el Perú sigue la posición correcta HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 44. A mayor detalle HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 77.

[167] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 419 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 409 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48.

[168] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 35. En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 29, quien califica el hecho como homicidio doloso respecto al pariente y tentativa inidónea respecto al *extraneus*. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48, quien califica al hecho como concurso entre tentativa de homicidio y un homicidio consumado.

alcanza y mata a un extraño. En estos casos se deberá responder únicamente por parricidio frustrado [tentativa acabada de parricidio] en concurso ideal con homicidio imprudente[169].

X. CONCURSO

En el parricidio pueden encontrarse diversas modalidades del concurso de delitos ya sea en su modalidad de concurso aparente, concurso ideal o el mismo concurso real de delitos.

1. Concurso aparente de leyes

Pueden admitirse supuestos como:

a. Concurso aparente entre parricidio y homicidio. El problema se ha de resolver a través del principio de especialidad[170] conforme a quien la *ex speciales derogat ex generali;* ello implica, que las características del tipo general se encuentran en el tipo especial en el cual se añaden otras notas peculiares[171].

b. Concurso aparente entre infanticidio y parricidio. De manera idéntica a la hipótesis anterior debe resolverse el problema mediante el empleo del principio de especialidad castigándose por infanticidio.

c. Concurso aparente entre parricidio y homicidio piadoso. Este supuesto es bastante conflictivo por cuanto existe tensión entre una figura que requiere una especial referencia a una característica del autor –como es el parricidio– y un supuesto cuya esencia es la especial condición de la víctima. Pese a todo, nos inclinamos a castigar por homicidio piadoso, aun cuando concurre el vínculo de parentesco inscrito en el artículo 107° del Código Penal[172].

---

169 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 36; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48.

170 Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 167.

171 Vide MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 326; ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 116.

172 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 53.

Un sector calificado de la doctrina comparada plantea la configuración de un complejo concursal: concurso ideal de homicidio consentido y parricidio con una atenuante por analogía[173].

2. Concurso ideal de delitos

En el concurso ideal de delitos existe un especial interés por determinar la eventual concurrencia sobre una conducta de una doble calificación, subsumible tanto en el parricidio como en el asesinato en virtud de poseer el comportamiento, las características propias de ambos tipos, v. gr. matar al padre con alevosía, con veneno o gran crueldad[174]. En el concurso ideal ninguna de las figuras delictivas es suficiente por sí sola para abarcar todos los aspectos del desvalor del hecho. La calificación de parricidio no es suficiente porque no capta los elementos del asesinato y este tampoco basta debido a que no abarca el parentesco presente en el parricidio[175].

El concurso ideal se diferencia del concurso real en que no supone un hecho para cada delito, sino un solo hecho cuyo total desvalor solo puede comprenderse considerando que constituye dos o más delitos[176].

Pese a que algún sector de la doctrina[177] se inclina a contemplar una subsunción indiferenciada de la conducta ya sea en el parricidio o en el asesinato por contar ambos delitos la misma penalidad, creemos que puede plantearse una calificación por parricidio en concurso ideal con el asesinato sobre la base de la aplicación de una o más circunstancias concurrentes en la ejecución del hecho, v. gr., parricidio en concurso con las circunstancias del asesinato de lucro o alevosía.

---

[173] Vide GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 167.

[174] Ampliamente, ibídem, pp. 171 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

[175] Por todos, MIR PUG, Santiago, «Sobre la relación del parricidio y asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLI, Madrid, 1988, p. 996.

[176] Ibídem, p. 998.

[177] Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 126.

Lamentablemente, nuestros tribunales de justicia y el Ministerio Público no reparan en los necesarios e ineludibles complejos concursales que ocurren cuando, por ejemplo, la esposa codomina la ejecución de la muerte de su cónyuge con gran crueldad para que lo maten[178].

Sin embargo, es posible encontrar –con serias deficiencias– pronunciamientos judiciales en los que se establece un concurso de delitos entre parricidio y asesinato, por ejemplo, cuando un hijo por discusiones con su padre decide matar a este (parricidio) y a sus hermanos empleando veneno (asesinato por veneno), frustrándose el hecho por la intervención de un tercero. Lamentablemente, la ejecutoria suprema no advierte que de los hechos probados es posible detectar además que el autor actuó (probablemente) movido por un ánimo de lucro (circunstancia del asesinato) en la medida que la discusión con su padre se gestó por la administración de la pequeña fábrica de helados[179].

En otra ocasión, la Corte Suprema con mayor tino señaló que el homicidio de dos menores mediante veneno, en el que uno era hijo del autor, y la tentativa de homicidio de su ex conviviente «*se trata de un delito de homicidio calificado en concurso ideal, siendo de destacar el medio empleado: envenenamiento, el hecho que una de las víctimas era su hijo, y que no pudo consumar su propósito delictivo con relación a su ex conviviente Francisca Carbajal Salguerón, por lo que son aplicables los artículos 104°.3 y 107°, en concordancia con los artículos 48°–respecto al resultado; una sola conducta que desencadena dos muertes y una tentativa acabada en lo atinente a una de las víctimas– y 16° –circunscrito a la persona de Francisca Carbajal Salguerón– del Código Penal*»[180].

XI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La problemática que encierra el parricidio en los casos de intervención plural es la misma que deriva de su naturaleza de delito espe-

---

178 Vide el dictamen del fiscal supremo que acompaña la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 28-2000, de fecha 28 de septiembre de 2000 (en SALAZAR SÁNCHEZ, *Jurisprudencia penal*, cit., p. 348).

179 Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 455-2004, de fecha 1 de junio de 2004 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, T. II, p. 117).

180 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3212-2004, de fecha 9 de diciembre de 2004. En semejante sentido: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3152-2005, de fecha 17 de noviembre de 2005.

cial impropio. En la resolución de la problemática sobre la participación es necesario vincularse a las disposiciones de la parte general en especial a lo regulado en el artículo 26° del Código Penal, que tantas controversias y debates despierta a nivel doctrinal.

Para una solución satisfactoria de los casos problemáticos que ofrece el parricidio en este ámbito es imprescindible distinguir los supuestos tomando en cuenta siempre la calidad de *intraneus* (ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino) y *extraneus*. En tal sentido, si todos los que participan en el parricidio son parientes en el grado de parentesco establecido en el artículo 107° responderán por complicidad o instigación en el parricidio, según el caso[181].

Se debe negar la comisión de parricidio por el *extraneus*, el cual solo podrá responder por homicidio simple o asesinato en su caso, ya sea que intervenga como partícipe[182] (instigador o cómplice) o como coautor[183].

En la hipótesis de autoría mediata (por engaño, coacción o por dominio de la organización) dentro del parricidio hay que distinguir dos casos: si el autor mediato (hombre de atrás) es el sujeto calificado para cometer parricidio o si el sujeto calificado es mero instrumento del autor mediato en quien no concurre vínculo parental alguno. En el primer caso se debe afirmar la presencia del parricidio y en el segundo negarlo estimando homicidio simple para el ejecutor.

La Corte Suprema en un pronunciamiento reciente ha resuelto el caso del hijo (y hermano) quien en una situación de descontento y resentimiento con sus familiares toma la decisión de matar a su padre y

---

[181] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 162.

[182] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 100. En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 33, quien se inclina por mantener la unidad de la imputación.

[183] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 44; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 84; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 39; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49.

hermanos, de tal forma que aprovechando que se encontraba solo en la casa en compañía de su cuñada, quien preparaba la comida, echó a la olla de almuerzo una cantidad de veneno burlando el cuidado de esta. Luego, la cuñada se da cuenta del hecho y frustra el delito[184].

El tratamiento que prodiga la Corte Suprema al sujeto es a título de autor, sin especificar –como era necesario– si se trata de un autor directo o mediato. Creemos, que esta última es la calificación jurídica que debía prosperar en la medida que su intención era aprovechar el error del intermediario y utilizar los alimentos que su cuñada estaba preparando para su padre y hermanos con el fin de colocar el veneno, lograr que se sirva la comida y de esta forma provocar la muerte de sus parientes, la que se hubiera producido si es que el eventual *instrumento* (cuñada) no se hubiera percatado de la acción. Se estima también en el caso la existencia de tentativa sin explicar, como era necesario, si el echar el veneno era o no un acto ejecutivo inmediato al hecho (en caso de autoría directa) o, como parece correcto, un comportamiento que incidía en el intermediario y su conducta, situación que creaba un riesgo típico contra el bien jurídico protegido «vida».

Algunos casos problemáticos de error son, por ejemplo, cuando v. gr. *X* quiere matar a *Y*; para esto se vale de un enajenado mental quien en la ejecución del delito mata, por un *error in personam*, al padre de *X*. En el ejemplo propuesto *X* responderá según las reglas del *aberratio ictus*[185] enunciadas anteriormente.

---

[184] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 455-2004 de fecha 1 de junio de 2004 (en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. II, p. 117) en donde se señala que: «*Con fecha quince de noviembre del año dos mil dos siendo las ocho de la mañana aproximadamente en el domicilio de D. Pacco, el acusado, se puso a discutir con su padre, así como con sus hermanos, respecto de la administración de la pequeña fabrica de helados y de la posesión de un ambiente o cuarto que existe en el cuarto de su progenitor que le fue negado, creando una situación de descontento y resentimiento con sus familiares, hecho que provocó en el acusado la decisión de matar a su padre, hermanos y demás agraviados, para lo cual aprovechando que se encontraban solos en la casa con la única compañía de su cuñada, quien preparaba alimentos para su familia, burlando el cuidado de esta, procedió ha echar a la olla de almuerzo una cantidad de veneno denominado 'Klerat' hecho del cual se dio cuenta su cuñada frustrando con ello el delito, versiones que han sido debidamente compulsados por el colegiado, arribando a la certeza que sirve como fundamento a la sentencia condenatoria recurrida*».

[185] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 929; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 329.

En la solución de los casos de participación, tanto instigación y complicidad en el parricidio, es imprescindible tomar en cuenta criterios de justicia material, contemplando que la nota distintiva del parricidio es justamente el vínculo de parentesco sea natural o jurídico.

Las reglas de la participación deben respetar siempre esta estructura independientemente de si se rompe o quiebra el título de la infracción penal. Creemos, que este argumento se compadece del espíritu impuesto en el artículo 26° del Código Penal. Así, en los casos en que un extraño coopera o instiga al *intrenaus* a cometer parricidio aquel deberá responder por cooperación o instigación de homicidio dado que no concurren en él las características del parentesco que son el único fundamento para la edificación de la figura glosada. Asimismo, debe responder por participación en homicidio simple el *intraneus* que instiga o coopera con un extraño en el acto de matar a la persona con quien le une un vínculo de parentesco[186].

Nos alejamos así de la posición sostenida anteriormente en la que consideramos que la calificación correcta era la de instigación o complicidad en el parricidio sobre la base de que: «*La prohibición penal en el parricidio reside tanto en prohibir el matar como en el prohibir matar al pariente y esta prohibición se extiende no solo a la autoría sino también a la participación (complicidad e instigación)*»[187].

XII. PENALIDAD

La sanción que se impone al parricidio es no menor de quince años. La severidad de la penalidad se basa en la máxima gravedad social de esta clase de infracciones que alberga un disvalor de la acción más reprobable, basándose en la infracción de deberes de protección y respeto elementales por las estrechas relaciones comunitarias que existen entre parientes.

---

[186] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 101.

[187] Vide CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 136.

En la legislación comparada histórica se consideraba la penalidad del parricidio de una gravedad mayor que la del asesinato[188], representando las cualificaciones más tradicionales del delito de homicidio simple.

[188] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 149.

CAPÍTULO IV
EL ASESINATO

Artículo 108°.-

«Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. *Por ferocidad, por lucro o por placer;*
2. *Para facilitar u ocultar otro delito;*
3. *Con gran crueldad o alevosía;*
4. *Por fuego, explosión, veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas;*
5. *Si la víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones».*

I. GENERALIDADES

Según una extendida opinión, el parricida genera odio y repudio; el asesino, temor. Su acto constituye el comportamiento criminal emblemático.

El asesinato se caracteriza por una especial desvaloración de las circunstancias en las que se produce la muerte de una persona[1]. Con el homicidio simple tiene en común el representar un atentado contra la vida humana[2], pero su particularidad lo da la concurrencia de ciertas circunstancias[3]. Por ello, constituye el ataque más grave a la vida humana[4]. Sin embargo, no supone una gradación según el valor del bien jurídico, toda vez que la vida humana tiene un idéntico valor en todos los casos[5].

El asesinato junto al parricidio son las figuras delictivas que poseen mayor gravedad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. El legislador patrio convencido de la semejanza en cuanto a la gravedad y conmoción social de ambas figuras es que implantó correctamente en un inicio un mismo piso respecto al mínimo de la pena a imponer. En efecto, el codificador nacional con la promulgación del Código Penal estableció una sanción en el asesinato no menor de quince años, pena notablemente superior a la establecida por la comisión de un homicidio simple y que difería en solo cinco años del más grave de los delitos que suponen la eliminación de una o varias vidas humanas como es el caso del delito de genocidio (artículo 319°) al que se le impone una pena privativa de libertad no menor de veinte años y que por Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998 ha pasado a integrar un título especial (Título XIV) referido a los delitos contra la humanidad.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998 incrementó notablemente la penalidad del asesinato, llegando a imponer, en cuanto a su límite mínimo, veinticinco años de pena pri-

---

1 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 177; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 29; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 22; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 57.

2 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 35.

3 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

4 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

5 Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 807; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 29.

vativa de libertad. El límite máximo se deja abierto, tal como sucedía en la formulación inicial de la figura, situación que representa una clara infracción al principio de determinación de la ley penal[6], el cual exige que no solo la conducta se encuentre adecuadamente precisada, sino también la penalidad, debiéndose cerrar el marco penal tanto por arriba como por abajo. Asimismo, esta norma incorporaba una nueva agravante: el placer, a su vez modificaba la ubicación de la circunstancia de veneno que pasó a formar parte de los medios peligrosos.

Cabe resaltar que con esta modificación se instauró una lamentable inversión valorativa en la ponderación de los bienes jurídicos y las respectivas penalidades que se imponen, pues paradójicamente en nuestra legislación resultó mucho más grave cometer un asesinato que practicar un genocidio, el cual, como se sabe, no solo consiste en su modalidad más grave (artículo 319° inciso 1), «*en matar a miembros de un grupo*» (más de dos), sino que constituye un crimen contra la humanidad. Se infringía de modo clamoroso el principio de proporcionalidad de las penas que obliga a reparar en los datos de la importancia del bien jurídico, el disvalor de la acción, en la dañosidad social de la conducta como en la actitud interna más disvaliosa, que son mucho más reprobables en el genocidio que en el asesinato.

Postèriormente, la Ley N° 27472 del 5 de junio de 2001 volvió al texto original en cuanto al margen mínimo de la pena, pero conservó la nueva circunstancia de **placer** y el traslado de la circunstancia de veneno dentro de los medios peligrosos (artículo 108° inciso 4).

La Ley N° 28878 del 17 de agosto de 2006 incorporó una nueva circunstancia a la figura por la que se castigaba de manera especialmente grave cuando: «*La víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones*»[7].

---

[6] Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 87.

[7] Vide SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 35.

Como puede verse, al legislador nacional no le satisfacen el catálogo de circunstancias ya amplias del asesinato, sino que de manera paulatina y en una línea uniforme se preocupa por aumentar de manera discutible su número, incurriendo en una práctica censurable.

La incorporación de las nuevas agravantes difícilmente poseen sustento racional o encuentran cobertura en los valores y principios constitucionales vigentes. Por el contrario, son normas cuya aparición está signada por la coyuntura, los réditos políticos, la explotación de las emociones y sentimientos de muchas capas de la población[8] y no en una conducta legislativa en materia penal responsable, meditada y compatible con una estrategia político-criminal racional[9].

El parricidio y el asesinato son delitos de estructura y composición distinta que coinciden solo en el hecho de matar. Una y otra categoría delictiva se distinguen nítidamente a partir de que mientras el parricidio logra fundamentarse en el vínculo de parentesco, el asesinato hace recaer su mayor gravedad en la ejecución matar según determinada modalidad de la acción (crueldad o alevosía), según una especial voluntad (ferocidad o lucro) o por el empleo de un medio letal (veneno).

La naturaleza autónoma del parricidio y el asesinato como delitos sui géneris se plantea, tanto desde una perspectiva dogmática como criminológica, aun cuando no falten voces críticas en nuestra patria opuestas a este criterio y que ven únicamente al asesinato como un «*homicidio calificado*». Esta postura deja de lado el criterio valorativo asumido por nuestro codificador que coincide con las opiniones legislativas de gran parte del Derecho penal comparado (*ut infra*).

Por lo demás, se debe indicar que la legislación extranjera tiende a suprimir la figura del parricidio como delito autónomo, tal como sucede con el Código Penal español y francés, respectivamente. Sin embargo, la autonomía del asesinato como delito inde-

---

[8] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires, 2007, pp. xxii y xxvii.

[9] Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 731.

pendiente no resulta mayormente afectada por la prevaleciente corriente de discriminalización, aun cuando es preciso hacer notar la tendencia a reducir el catálogo de sus circunstancias a un número más elemental, pero que valorativamente, desde el punto de vista jurídico y social, logre obtener mayor acuerdo y consenso respecto a su existencia.

II. ANTECEDENTES Y SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

En el Derecho histórico se reconocen a grandes rasgos dos modelos de regulación del delito de asesinato[10].

El primero, de origen italiano, atiende a la existencia o no del elemento psicológico respecto a la circunstancia de premeditación. Esta forma delictiva se contrapone al dolo de ímpetu que se cometía presa de un momento de cólera, ira o emoción del momento[11]. Este sistema legislativo fue adoptado por el Código Penal francés de 1810 y difundido por las diversas legislaciones en las que ejerció particular influencia[12].

El segundo modelo, de origen germánico, tomaba en cuenta la mayor disvaliosidad de la conducta desde el punto de vista ético-social en función de las condiciones del autor o su comportamiento externo, tal como ocurre con la muerte que se produce de manera encubierta, oculta o defraudando la lealtad debida. Lo mismo ocurría con el móvil de lucro o codicia.

La tendencia y dirección internacional en la regulación y reforma de los delitos contra la vida se caracteriza por acentuar el juicio de desvalor en los comportamientos externos que tienen que ver con un

---

[10] Cfr. PEÑARANDA RAMOS; *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, pp. 179 y ss, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 64 y ss.; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 804; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 46.

[11] *In extenso*: SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 805.

[12] Ampliamente: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 46; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30.

mayor injusto y con la protección del bien jurídico[13], abandonando cualquier tendencia etizante o de escaso control *racional objetivo*.

Los criterios psicológicos se van sustituyendo paulatinamente por puntos de vista normativos y sociales. Ello debido a la misma crisis del concepto de premeditación[14] y la escasa o nula determinación del concepto de móviles bajos o abyectos.

Un sector de la doctrina penal estima que en algunos casos el asesinato es uno de los delitos –si no la única infracción– que logra explicar a cabalidad la subsistencia en algunas legislaciones de la pena de muerte o en su defecto de la cadena perpetua[15].

El asesinato registra como antecedente inmediato al artículo 152° del Código Penal de 1924 que fue modificado, sucesivamente, por las reformas de los Decretos Leyes N°s 10976, 18968 y 19910, disposición última cuya duración logró extenderse hasta la vigencia del nuevo Código Penal. El aludido precepto (artículo 6° del Decreto Legislativo N° 19910), respecto a la regulación primigenia, agregó el elemento «*a sabiendas*» y suprimió el apócope «*gran*» referido a la «***crueldad***»[16].

Entre la regulación del asesinato efectuada por el Código Penal de 1991 y su antecedente próximo, el Código Penal de 1924, no existen mayores diferencias que no sean las de técnica legislativa y aquella que contempla una ligera modificación acerca de alguna idea que se pretende precisar con mayor claridad como es el caso de la alevosía. El cambio más significativo instaurado por el codificador de 1991 consistió en emplear una mejor técnica en la selección de los elementos constitutivos del asesinato, habiendo logrado una mayor claridad en virtud de su mejor redacción. A los tres incisos que agrupaban las diversas

---

[13] Vide ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 64; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 29.

[14] Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 805.

[15] Vide BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 34.

[16] Para un estudio más detenido acerca del desarrollo histórico del asesinato en nuestra legislación, vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 49; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 128.

circunstancias del asesinato, el legislador del 91 añadió un inciso más en el que ubica e independiza la característica del causar: «*La muerte por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas*» circunstancia que se hallaba inscrita en la regulación precedente (artículo 152°) junto a la «*perfidia, crueldad o veneno*».

Como puede verse el legislador de 1991 no filtró, ni añadió circunstancia agravante alguna en el asesinato, sino que, simplemente, dio un mejor alojamiento sistemático a las ya existentes, a la par que solucionaba un presunto oscurantismo imputable al código de 1924 en donde el empleo de la frase «*de otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas*», junto a la perfidia, crueldad o veneno hacía pensar que para la presencia de las aludidas circunstancias (perfidia, crueldad y veneno) era necesario exigir la concurrencia de un efectivo peligro para la vida o la salud de un gran número de personas, requisito verdaderamente absurdo y superfluo que, sin embargo, la ley derogada se encargaba de destacar en un defecto de redacción.

Otra diferencia merecedora de relevancia en la regulación del asesinato –si se lo compara con la normativa anterior– es el cambio conceptual de la perfidia presente en el inciso 3 del artículo 152° del Código Penal de 1924 por el de la alevosía, giro y terminología de hondas consecuencias en cuanto a contenido que luego analizaremos (*ut infra*).

Sin embargo, luego de la expedición del Código Penal se han producido modificaciones legislativas en los delitos contra la vida. Así, el Decreto Legislativo N° 896, contra todo pronóstico, no solo ha modificado la penalidad del asesinato, elevándola, sino que ha introducido cambios sustanciales en su sistemática y regulación legal.

Destaca, por ejemplo, la introducción de una agravante: **el placer** (inciso 1) y la modificación de la circunstancia del **veneno**, la cual ha cambiado de lugar y que, de encontrarse al lado de la alevosía y la crueldad (inciso 3), ha pasado a constituir una circunstancia de peligro común (inciso 4). El veneno ha perdido la calidad de medio insidioso, tal como lo entendía un sector de la doctrina, como el de sustancia que

porta una especial disvaliosidad, pues ahora solo es un medio que agrava la penalidad en la medida que ponga en peligro a otras personas (dos o más)[17]. No creemos que la modificación legislativa haya sido afortunada, pues se ha despojado al veneno, en el mejor de los casos, del sentido histórico que tenía, y que es el de ser un medio reprobable, para convertirse en una agravante de peligro común. Como muchas otras veces nuestro legislador, lejos de plantear su absoluta supresión, tal como abogan los criterios político-criminales más autorizados, ha incurrido en una modificación legislativa irreflexiva y precipitada que debe ser corregida.

El codificador patrio cuando abordó la composición del asesinato basó su análisis en la redacción de la figura efectuada por el Código Penal de 1924, de donde obtuvo la fuente principal para su actual formulación. De allí que puedan verse reproducidas en el artículo 108°, en sus diversos incisos, los elementos informantes del asesinato como la ferocidad, el lucro, el facilitar y ocultar otro delito, la crueldad, el veneno, la alevosía (antes perfidia) y el fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de las personas.

La redacción del asesinato en la legislación peruana presenta un frondoso catálogo de circunstancias que se resiente con el criterio mayoritario prevaleciente en el Derecho comparado[18] que reduce al mínimo la enunciación de las circunstancias informantes[19], todo ello en virtud a la confianza que la ley extranjera deposita en sus jueces que aplican las circunstancias agravantes contenidas en la parte general de su Código Penal.

---

[17] Cfr., SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 59.

[18] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 63; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 61; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 394; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 177; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 29; MAPELLI CAFFARENA, Borja, «El dolo eventual en el asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLI, Madrid, 1988, p. 431.

[19] Vide, a guisa de ejemplo, el CP español de 1995, que al regular el asesinato en su artículo 139º, estipula como sus elementos constitutivos: 1. Alevosía, 2. Precio, recompensa o promesa, 3. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Pese a todo creemos que no es tan equivocado y errático el criterio del legislador peruano cuando fija de modo minucioso las circunstancias constitutivas del asesinato, dado que en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho extranjero, no se regula de modo expreso y fehaciente las circunstancias agravantes en la parte general del Código Penal; omisión de la que es consciente el legislador nacional cuando incorpora un casuismo frondoso en la parte especial, tal como ocurre con el asesinato.

Debe quedar en claro que la regulación legislativa del asesinato en las diversas legislaciones históricas y en el Derecho comparado carece de unidad y uniformidad, en función de los particulares puntos de vista que asume cada legislador nacional y la penetración de ciertas agravantes que se incorporan por razones de oportunidad y conveniencia. Hay así un núcleo variable[20], cambiante y en constante evolución en una figura de raigambre histórica[21]. Se trata de una modalidad delictiva que varía de una cultura a otra[22]; de allí que se trate de un delito con un profundo condicionamiento cultural y social. LISZT negaba la existencia de un «*concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido de la conciencia jurídica popular de las distintas culturas*»[23].

El Código Penal peruano como la mayoría de códigos de la región, históricamente y hasta la actualidad, han mantenido la regulación y presencia del asesinato en sus legislaciones[24].

---

[20] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 62; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 804; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 434; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 59.

[21] Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 34.

[22] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 62; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 804.

[23] SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 804.

[24] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 177; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 394.

Dicha figura representa en algunos casos la expresión simbólica del valor principal y absoluto que el ordenamiento jurídico le asigna a la vida humana y que en ocasiones se refleja en la drástica y elevada sanción que se impone, que puede llegar a la pena de muerte o la cadena perpetua[25].

En otros países en donde no se alcanza una cuota tan alta de penas –como es el caso de España, Argentina, etc.– el sentido de la incriminación queda resquebrajada notablemente.

Pese a todo, las diversas legislaciones ven la necesidad de diferenciar y distinguir –con diversa nomenclatura– las distintas clases de infracciones dolosas contra la vida en base a la configuración de diversas circunstancias. Existe, por tanto, la opinión común y la estimación social que determinadas formas de ejecutar la muerte o determinadas motivaciones son desvaloradas de manera especial y castigadas con sanciones más drásticas[26].

III. FUNDAMENTO DE SU GRAVEDAD

Si bien cuando abordamos la razón de la mayor gravedad de la pena en el parricidio, hicimos notar que ella se basa en la mayor conmoción social que importa el matar a un pariente, circunstancia que para muchos era indicativo de una elevación del injusto; en el asesinato la razón de la mayor gravedad es diversa y en ningún caso exclusiva o única. En el asesinato concurren circunstancias y elementos de muy distinta naturaleza que tornan a la figura de una estructura variopinta en la cual es infructuoso tratar de encontrar un único criterio organizador[27].

Es lógico percibir que el legislador, ante la disyuntiva de brindar una descripción pormenorizada en un tipo autónomo a cada acción

---

[25] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 434; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 34.

[26] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 58; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 178.

[27] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 181.

particular, alcanzando uno a uno sus momentos más relevantes (injusto o culpabilidad), optó por reunir en un solo tipo diversas conductas disvaliosas y que de no ser por razones de técnica legislativa, las hubiese circunscrito a un tipo en específico[28]. Sin embargo, como dicho tratamiento desmenuzado hubiera demandado una extensión excesiva de la parte especial, y en rigor de los delitos contra la vida, es que eligió reunir todos aquellos elementos que denotaban mayor gravedad en cuanto al reproche social del comportamiento en un tipo único y autónomo con una distinta jerarquía valorativa.

El fundamento de la gravedad en el asesinato es variado[29], a diferencia del parricidio en el cual puede encontrarse un criterio unificador. Veamos:

1. Tesis de mayor injusto en la acción del agente

En el asesinato se repara en determinados elementos informantes del injusto[30]. Una destacada importancia tiene aquí el desvalor del acto y el desvalor del resultado como conformantes del injusto penal, aun cuando este último elemento venga sobreentendido en la actual redacción de los delitos contra la vida. Basta recordar que el desvalor de acción se nutre de las modalidades externas de comportamiento además de las calidades personales del agente[31], para percibir una especial referencia en el asesinato como un elemento del injusto.

Incluso, un calificado sector doctrinal considera que la razón para una mayor penalidad del asesinato responde al mayor grado del injusto[32] que representan las diversas circunstancias, en la me-

---

28 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 36.

29 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30.

30 En contra expresamente: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 729.

31 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 12; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 323; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 304; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 153 y ss.

32 Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., pp. 806 y 814.

dida que el Derecho penal debe atender a la importancia del bien jurídico y a las modalidades de ataque[33]. Se rechaza la posibilidad de construir un tipo agravado acudiendo a las características autónomas de culpabilidad.

La especial agravación de la pena en el asesinato reside en el empleo, durante la ejecución de la acción de matar, de determinados y específicos medios que el Derecho considera afectos a una mayor disvaliosidad[34]. Esta es la hipótesis tomada en cuenta por el legislador cuando acuñó y fijó dentro del asesinato la referencia a los medios comisivos como el veneno, fuego, explosión y otros[35]. En las hipótesis descritas no solo se prohibe el matar, a secas, sino que el injusto penal viene acompañado de la prohibición del «matar por fuego, explosión o veneno». La desaprobación penal en el asesinato recae tanto en el acto de matar como en los *medios ejecutivos*. La especialidad y la nota diferencial con los demás tipos viene constituido por los medios señalados y no el solo acto de matar.

Otro de los elementos del injusto penal inscrito en el asesinato y que conforma el desvalor de la acción, es la crueldad[36] y la alevosía[37]. Esta última tiene una naturaleza mixta dado que su manifestación es externa e interna (*ut infra*) que refleja un mayor desvalor de acción en la medida que la conducta supone asegurar la ejecución e indefensión de la víctima[38], aun cuando un sector de la doctrina le confiera la característica de un elemento anímico o espiritual, ubicable como elemento subjetivo distinto del dolo como una modalidad de tendencia interna intensificada.

---

[33] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 31.

[34] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 49; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 808; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30.

[35] Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 810.

[36] De modo diferente: BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30, quien considera que en el ensañamiento o la gran crueldad concurre un mayor disvalor del resultado.

[37] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 443.

[38] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 810; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 432.

El asesinato, dentro de los elementos constitutivos fundamentadores de la mayor gravedad del injusto, no solo se basa en el disvalor de la acción sino también en el desvalor del resultado[39]. Solo basta repasar el inciso respectivo del artículo 108° donde se regula la muerte por «*fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas*» para percibir que al desvalor del acto, manifiesto en los medios empleados, se le añade el desvalor del resultado a través del peligro de lesión de determinados bienes jurídicos como son «*la vida o la salud de otras personas*».

De esta manera, no solo es suficiente el desvalor de la acción en la conformación de injusto penal en los supuestos en los que se emplea fuego, explosión u otro medio. Es imprescindible el desvalor del resultado desde una perspectiva *de lege lata*, y que se expresa en la puesta en peligro de la vida o la salud de otras personas[40].

2. Tesis de la mayor reprochabilidad o culpabilidad del agente

En los asesinatos por ferocidad, por lucro[41] o por placer el Derecho, más que reparar en la acción o en el resultado causado, se detiene en reprobar el móvil del agente que le impulsa y mueve a matar[42]. El ordenamiento jurídico-penal en estos casos no reprueba tanto la acción o el resultado de provocar la muerte, sino considera disvalioso la formación de la voluntad (móviles) que contradicen los más elementales principios que inspiran la sociedad y el Derecho mismo[43], sancionando

---

39 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 97; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 181; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30.

40 Recuérdese como referencia que el desvalor del resultado está constituido no solo por la lesión, sino por la puesta en peligro de bienes jurídicos. Vide MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 283 y ss.

41 MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 450, considera al lucro como un elemento subjetivo del injusto.

42 Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 182; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 49.

43 Este criterio de la mayor reprochabilidad penal en el asesinato, basado en una actitud interna disvaliosa del agente, no deja de tener detractores y opositores a nivel doctrinal, pues su asunción implicaría una desnaturalización del Derecho penal, dado que no se protegería bienes

con mayor severidad todos aquellos actos de matar que son alentados por el lucro, el placer o por la ferocidad.

Un sector calificado de la doctrina comparada entiende que el fundamento para la agravación de las circunstancias del asesinato descansa en la mayor reprochabilidad del agente que no es otra cosa que una mayor culpabilidad[44].

Los motivos, denominados también elementos de actitud interna[45], que descargan un juicio de valor general[46], son definidos como el «*conjunto de aquellas representaciones, bien matizadas por el sentimiento o bien por el querer que han causado el acto de voluntad del agente*»[47]. El motivo siempre es personal e individual y se encuentra en la voluntad del agente preordenándola; mientras que el fin es la meta, o el objetivo, a donde la voluntad se dirige y trata de alcanzar. Toda acción humana tiene una finalidad y un motivo, siendo este el antecedente psíquico de aquel[48] o «*el precedente causal de naturaleza psicológica*»[49].

El Derecho penal en algunos supuestos se detiene a desaprobar no tanto la finalidad dirigente en su modalidad dolosa, sino la motivación que provoca dicha finalidad, descargando el acento sancionatorio en el elemento que hace nacer y da vida al acto. Aquí logra desaprobarse no solo la intención criminal, sino el motivo que la mueve o la conduce a matar y es en esa hipótesis en donde el legislador pone su énfasis.

---

jurídicos, sino se abriría un surco a una tendencia moralizante y de carga ética ajena a la misión del Derecho penal. Vide esta crítica en BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 60.

[44] Vide GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63. En contra expresamente: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 729; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 808.

[45] Ver: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 649 y ss.

[46] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 327 y ss, quien establece reparos críticos respecto a su acogida legislativa.

[47] Vide MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. PG*, T. II, p. 46.

[48] Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 13.

[49] Cfr. BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1965, p. 447.

Sin embargo, la incorporación de dichos elementos de actitud interna resulta controversial desde una perspectiva del Estado de Derecho, por cuanto contraviene el principio de determinación del tipo (función de garantía), el principio de la igualdad ante el Derecho, dado que existe a nivel de la praxis un oscurantismo y ambigüedad desmedida que supone incurrir en características puras de culpabilidad[50].

3. Otras razones que fundamentan el asesinato

Además de las aludidas razones que agravan desde una perspectiva estrictamente dogmática al asesinato, como son los fundamentos de la mayor intensidad del injusto y la culpabilidad[51], existen no menos poderosas razones provenientes de áreas cercanas al Derecho penal que sustentan igual criterio.

La primera disciplina, que trabaja con el valioso instrumento de la *dañosidad social*, precisa que el asesinato es una conducta mucho más intensa en cuanto a su disvaliosidad que los otros tipos contenidos dentro de los delitos contra la vida, dado que altera y remece tanto la conciencia social e individual en sus valores más elementales[52]. De allí, que merezca una penalidad más elevada, reflejo de una especial desaprobación normativa y social respecto al homicidio simple.

La ciencia criminológica sostiene la independencia y autonomía del asesinato respecto al resto de figuras contenidas dentro de los delitos contra la vida[53], sobre la base de la peculiaridad caracteriológica del asesino cuya manifestación principal viene representado por el móvil que alienta la voluntad ya sea por su bajeza o futilidad[54] como por la

---

50 Vide SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 810.

51 Por todos, SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 807. En contra del mayor injusto o culpabilidad del asesinato respecto al homicidio simple: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 730.

52 Sobre la dañosidad y lesividad social dentro del concepto material de bien jurídico, vide HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 34.

53 Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35.

54 Vide QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 216, quien en un esfuerzo criminológico divide a los asesinos en a) asesinos instintivos (por hambre, por sexo e inmotivados), b) asesinos pasionales, c) asesinos habituales, d) asesinos ocasionales.

pertenencia del asesino a los estratos sociales bajos y a las capas educativas menos favorecidas[55].

También se sostiene la autonomía del asesinato desde la perspectiva preventivo-general o de alarma social[56], en la medida que existe la necesidad social de traducir a términos jurídico-penales la mayor desaprobación normativa[57] que tienen determinadas circunstancias objetivas, subjetivas o mixtas con las que se cometen los homicidios. Se alude en este contexto al mayor **significado social** del asesinato[58].

En la doctrina se considera que en el asesinato también –junto a las razones del mayor injusto o de una mayor culpabilidad– concurren razones que se vinculan a una mayor perversidad, maldad y peligrosidad del agente o una especial actitud psicológica[59] o, incluso, a criterios que se vinculan a reproches éticos[60].

Estos criterios, en la medida que se fundan en aspectos subjetivos y en razones morales, difícilmente controlables desde una perspectiva científica y técnica deben rechazarse. En realidad, las diversas circunstancias del asesinato deben reconducirse de manera ineludible a las categorías del delito: el injusto o la culpabilidad[61].

---

[55] Cfr. HENTING, *Estudios de psicología criminal. El asesinato*, Madrid, 1960, pp. 15 y ss.

[56] Vide CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 730.

[57] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48. En sentido similar: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 62.

[58] Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 804; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 15; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35, quien habla de significación sociológica y lingüística del asesinato. Discrepa de la relevancia sociológica del asesinato: SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 30.

[59] Vide BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 50; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 36.

[60] Así, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 730.

[61] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 97; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 180; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 67; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 36; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 31.

La doctrina comparada de modo enfático niega que alguna circunstancia del asesinato responda a una especial peligrosidad del autor, pese a que desde el punto de vista criminológico se ha buscado encontrar diferencias entre el homicida y el asesino[62]. Más allá de una vulgar e inconsistente presunción, no hay sustento científico que demuestre que el asesino es una persona proclive a cometer delitos[63]. Se recuerda también que un modelo de Derecho penal constitucional vinculado a un Estado de Derecho se basa en las características y circunstancias del hecho concreto y no en la personalidad del autor[64].

IV. AUTONOMÍA DEL ASESINATO

La discusión acerca de la autonomía del asesinato ejerce influencia directa sobre diversos aspectos dogmáticos como la participación y el error en este delito[65]. No se trata, por tanto, de una polémica teórica y carente de consecuencias prácticas.

1. La doctrina penal peruana

La dogmática jurídico-penal nacional en pocos asuntos se muestra casi unánime en afirmar la no autonomía del asesinato respecto al

---

62 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 36; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 805; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 60.

63 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 30; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 60.

64 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 63.

65 FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 33; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 15; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 66; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 64; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 394; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 22; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 48; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 31; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 58.

homicidio simple, considerándolo en el mejor de los supuestos como un tipo agravado[66]. En la sustentación de dicha opinión se suele recurrir a simples encabezamientos que ven al asesinato como un claro supuesto de homicidio calificado sin mayor explicación[67]. Se afirma que no puede sostenerse el «carácter constitutivo» del asesinato por el solo hecho de que el legislador le haya reservado un dispositivo legal distinto, por lo que prestaría solamente «*un especial reforzamiento al interés general de respetar la vida del prójimo mediante la amenaza de una pena más grave aplicable a los homicidas incursos en especiales circunstancias de agravación*»[68].

Por último, aparece una argumentación, de eminente estructura histórica, fundada en los antecedentes y fuentes legislativos próximas a la regulación del asesinato en el Código Penal de 1924, que ve a dicha figura como un caso innegable de homicidio calificado. Dicho criterio se funda en el estudio de los proyectos legislativos suizos y el Código Penal argentino de 1922, que operaron como los principales documentos legislativos que nuestro codificador tuvo en cuenta para culminar la redacción del asesinato como un supuesto homicidio calificado. En la sustentación de esta tesis se cita la autoridad del jurista suizo Zurcher, quien apunta «que la separación del homicidio doloso en dos categorías autónomas (homicidio simple y asesinato) no ha sido admitida»[69].

---

[66] Dicha posición coincide con el criterio mayoritario mantenido actualmente en la doctrina penal española: vide JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 394; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 64; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 33; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 65; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 34; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 36, para quien sustentar la tesis de la autonomía del asesinato constituye una respuesta nominalista y retórica. Sostienen la naturaleza autónoma del asesinato: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 15; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 48; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 22.

[67] Vide VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., pp. 41 y ss. Afirma por el contrario la autonomía del asesinato BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51.

[68] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 130 autor que niega la autonomía del asesinato, pero inexplicablemente se muestra condescendiente con la sustantividad del parricidio a quien otorga dicha calificación.

[69] Por todos HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 47 y ss.

En la doctrina comparada, especialmente española, hay un buen sector dogmático que considera las distintas circunstancias del asesinato como una variedad cualificada de homicidio, el cual constituye el tipo básico y las circunstancias del asesinato son elementos del tipo cualificado[70].

2. La regulación del asesinato

En la regulación del asesinato cualquier legislador, entre ellos el peruano, puede optar por diversos criterios legislativos, los cuales van desde su consagración definitiva hasta su desaparición del catálogo de delitos, pasando claro está, por una suerte de mixtura legal. A grandes trazos se puede identificar dos sistemas de regulación del asesinato:

a. Legislaciones que regulan el asesinato como un tipo autónomo

En los países que asumen este esquema el asesinato tiene una característica singular respecto al homicidio y al mismo parricidio. No se trata de un simple homicidio agravado sobre el cual se añaden una serie de circunstancias adecuadamente redactadas, sino que estamos frente a un nuevo tipo acuñado con una especial jerarquía y autonomía valorativa. No es que al matar se agreguen y sumen la ferocidad, el lucro, la alevosía o el veneno, sino que tales elementos tienen igual o paritaria significación que el propio acto de matar. El asesinato no solo prohibe el matar. La disvaliosidad reside tanto en el matar como en el empleo de los elementos del veneno, crueldad o para facilitar u ocultar otro delito. Este criterio es asumido, por ejemplo, en la legislación española.

b. Legislaciones que regulan al asesinato como homicidio calificado

Aquellos países que asumen este sistema logran abrazar en una misma redacción los elementos propios del asesinato y el parricidio. Así, junto a la agravante de alevosía, veneno, crueldad, entre otros, aparece en un mismo tipo la agravante de parentesco. Este es el sistema peculiar asumido por el Código Penal italiano de 1930 (artículo

---

[70] Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 187.

576°) y que en hispanoamérica es seguida por el Código Penal argentino de 1922 en su artículo 80°; y otros cuerpos legislativos[71].

c. Legislaciones que postulan la desaparición del asesinato como delito contra la vida

Frente a los dos criterios glosados existè un tercer parecer que postula la eliminación y desaparición del asesinato, ya sea como tipo autónomo o como homicidio calificado[72], pues solo cumpliría una mera función simbólica[73]. Se considera enteramente prescindible y superfluo agrupar circunstancias agravantes del homicidio en un tipo particular.

3. Posición personal

Sin desmerecer los loables esfuerzos que buscan interpretar el sentido y las fuentes legales que tuvo el legislador patrio en la edificación de la figura del asesinato, creemos necesario apartarnos de la corriente mayoritaria, considerando imprescindible sustentar *ad limine* la autonomía y sustantividad valorativa del asesinato respecto al resto de las figuras delictivas contenidas en los delitos contra la vida.

La legislación peruana pertenece a aquellas legislaciones que tratan al asesinato como **tipo autónomo**[74], ya que existe la necesidad de individualizar algunos tipos específicos que recojan los atentados más graves contra la vida humana, exigencia que cumple justamente el ase-

---

[71] A mayor extensión vide QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 203, quien, agrupa al Código Penal peruano de 1924 dentro de las codificaciones que ubican al asesinato dentro del homicidio calificado, criterio del cual disentimos.

[72] Vide, en este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 731; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 32.

[73] Vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 33.

[74] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 37.

sinato[75]. Se descarta así la tesis mayoritaria, sustentada por la doctrina peruana que considera al asesinato como homicidio calificado.

A esa conclusión se llega cuando se repara en la independencia y separación tanto conceptual como legislativa del asesinato y el parricidio, figuras que son ubicadas por el legislador patrio en tipos distintos. No puede ser otro el criterio si se tiene en cuenta el hecho de que el legislador del Código Penal de 1924 tuvo a la vista, como antecedente próximo, la regulación efectuada por el Código Penal argentino sobre el homicidio calificado en el que se agrupaba en un mismo tipo tanto el parricidio y el asesinato.

No logra comprenderse cómo, si el legislador del 24 pudo seguir la ruta marcada por su precedente italiano o argentino, no lo hizo y por el contrario se separó de él, asumiendo en su reemplazo una sistemática y regulación diferente en donde destaca un acercamiento mayor el esquema implantado en el Código Penal español que considera al asesinato como figura distinta al parricidio, reservándole a cada categoría un tratamiento legislativo diferente.

Desde una perspectiva lógica y jurídica no se explica satisfactoriamente cómo si el codificador pudo seguir la sistemática propia del homicidio calificado, pero no lo hizo la doctrina nacional, insiste en atribuir una calidad que en realidad no lo tiene. Es más, resulta sumamente contradictorio observar al parricidio como tipo autónomo y al asesinato como un homicidio calificado[76], cuando los dos tipos deben seguir, por su semejanza, una perspectiva interpretativa similar, considerando a ambos, bien como tipos autónomos o bien como homicidios calificados[77], pero nunca como poseedores de una estructura típica disímil.

---

75 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 48.

76 Este es el parecer seguido por ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 130.

77 Con mayor coherencia en este aspecto, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 48, quien considera al parricidio y al asesinato como homicidios calificados.

Por tanto la nota más destacable del asesinato en su antigua y actual regulación legislativa, que abona la tesis de la autonomía, es la separación y tratamiento particularizado que el legislador peruano prodiga al parricidio y al asesinato; hecho que permite deducir que el codificador patrio optó por brindar una jerarquía valorativa propia a cada tipo delictivo distinguiéndolo del homicidio simple[78]. Es más, de aceptarse en nuestra doctrina, tal como sucede de modo mayoritario, la tesis que tanto el parricidio y el asesinato son homicidios calificados (HURTADO POZO), sería lógico sostener *de lege ferenda* una observación –aun cuando ningún autor haya obtenido esta natural consecuencia– respecto a que si los dos tipos aludidos no tienen una justificación individual se debe plantear un tratamiento unificado de ambas figuras.

Esta tesis tendría que culminar con la sustentación de un criterio unificador de fijar en un mismo tipo legal al parricidio y al asesinato, pues si ambos participan de la característica de homicidio calificado no logra percibirse una razón dogmática y un criterio sistemático válido para seguir manteniendo la regulación por separado. En este aspecto el Código Penal argentino y el nuevo Código Penal francés poseen una mejor lógica que el Código Penal peruano en caso se acepte la tan aludida tesis del homicidio agravado.

4. La refutación del asesinato como tipo dependiente

Una de las razones, quizás la principal, que abona la consideración del asesinato como homicidio calificado, consiste en ver los cinco incisos que conforman el artículo 108° como meras circunstancias que agravan el homicidio, al que se superponen y agregan sin mayor importancia. Esta postura no hace más que aprovechar la presencia de las diversas circunstancias que elevan la pena cuya naturaleza es variada y multiforme, y en pocos casos, unívoca.

Recuérdese que los elementos constitutivos de la figura encierran criterios de mayor injusto o de la mayor reprochabilidad del autor por lo

---

[78] En sentido semejante: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51.

que al no hallarse un criterio unificador o una idea rectora que agrupen tan dispares circunstancias es que se termina sosteniendo un «homicidio calificado». Sin embargo, mal se hace siguiendo este criterio, puesto que la autonomía del asesinato no viene dado por la consideración global de todas las circunstancias, superpuestas unas a otras, sino por la valoración individual de cada uno de los elementos constitutivos del artículo 108°[79].

El intérprete debe entender que la existencia del artículo 108° se justifica por razones de técnica y economía legislativa, pues si el legislador quisiera abordar cada circunstancia en un tipo particular, la extensión del Código Penal y del capítulo referido a los delitos contra la vida se vería abarrotado de una variedad de delitos en forma desmedida.

Por ello es que se considera mejor el agrupar a todas las circunstancias que bien merecerían un tratamiento individualizado en un solo tipo. Según la tesis de la autonomía, el asesinato debe verse como si el Código Penal prohibiera no solo matar, en una suerte de suma de circunstancias, sino como si la prohibición se dirigiera al «matar con alevosía», «matar con veneno» o que el énfasis de la prohibición quede descargado por igual, tanto en el matar como en el elemento específico descrito, v. gr. fuego, explosión, veneno, para facilitar u ocultar otro delito, etc., He aquí cómo realmente se explica la autonomía del tipo.

Una razón adicional que aparentemente abona la tesis de la consideración del asesinato como homicidio calificado, es la referencia en el inicio del artículo 108° «*al que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes*».

A primera vista, puede deducirse que la alusión a **circunstancias** importa una referencia a un accidente o dato añadido distinto al de un elemento constitutivo. En efecto, una cosa es aludir a un elemento que no forma parte de la naturaleza de la infracción (circunstancia en sentido estricto) y otra muy distinta es aludir a un elemento informante de la esencia del delito, ya sea de la culpabilidad o el injusto.

---

[79] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51.

Si se toma en sentido estricto la utilización del término circunstancia tendremos que ella significará la idea de accidente, dato agregado que nunca llegará a pertenecer a la esencia de la infracción, por cuanto es ilógico insistir en la posibilidad de una «**circunstancia esencial**». El Código Penal al emplear el término circunstancias como elemento añadido, no haría más que abrir la puerta al homicidio calificado.

Sin embargo, el término «circunstancias» debe interpretarse no en un sentido literal sino teleológico[80]. La misma formulación se puede encontrar en la redacción del asesinato en la legislación española, que influyó en el Código Penal de 1924, en donde no se presta mayor importancia a la alusión legislativa de las «circunstancias» que por cierto no perjudica, para la declaración del asesinato como tipo autónomo[81].

Por otra parte, creemos necesario sugerir en el Perú la interpretación del término *circunstancia* en un sentido material capaz de referirse a la esencia misma de la infracción[82]. El asesinato se vería conformado por dos innegables elementos paritarios y semejantes en importancia, a saber: el *acto de matar* que *concurriría* con cada uno de los elementos descritos en el tipo, v. gr. ferocidad, lucro, veneno, crueldad, etc.

V. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

El artículo 108° del Código Penal destaca, entre otras peculiaridades, por las características siguientes:

---

[80] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 66; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 36.

[81] Vide así en la doctrina española MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 22; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 58; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 48; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 236; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 162; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 27.

[82] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96, quien sostiene la consideración de la circunstancia como elemento esencial del delito; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 58.

1. Es un delito común

Puede ser cometido por cualquier persona, varón o mujer, extranjero o nacional. La redacción del tipo no requiere la concurrencia de alguna cualidad personal especial por parte del autor del delito. A diferencia del parricidio el asesinato no puede ser considerado como un delito especial ya sea propio o impropio.

2. Es un tipo autónomo

Dado que el asesinato como el parricidio poseen una jerarquía valorativa propia, respecto a los demás delitos contra la vida, la prohibición penal radica no solo en prohibir la muerte, sino en prohibir la muerte por alevosía, veneno, por crueldad o ferocidad. La disvaliosidad de la acción viene dada no solo por el matar sino en el hecho de matar con una especial motivación, o por el empleo de un especial medio o por concurrir una determinada tendencia.

En pocos tipos de la parte especial como el asesinato y el parricidio logran expresarse de modo tan nítido y claro la calidad autónoma de los delitos respecto a una figura básica (homicidio simple). No solo por hacer referencia a determinada relación personal (parricidio) sino por destacar una especial ejecución de la acción o una peculiar motivación. En efecto, si la doctrina está de acuerdo en sostener la autonomía en los dèlitos contra el honor, como la calumnia y la difamación respecto a la injuria, con mayor razón se debe de considerar tanto el asesinato como el parricidio como tipos independientes.

El asesinato, a diferencia del parricidio, puede ser calificado como un **tipo referenciado** por las diversas circunstancias que recoge y componen su estructura. Dichas referencias no obedecen a un único criterio directriz, sino a un baremo cuya fuente es variada y muy distinta[83]. La doctrina lo denomina como un tipo mixto alternativo[84]. Así las circunstancias constitutivas del asesinato son:

---

[83] Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 35.

[84] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 60.

i. *Por modo de ejecución:* La crueldad (inciso 3) y la alevosía (inciso 3)[85].

ii. *Por el medio empleado: Por el empleo de un medio de peligro común:* Por fuego, explosión, veneno u otro medio capaz de poner en peligro la vida y la salud de otras personas (inciso 4)[86].

iii. *Por la motivación o la «finalidad» en el matar:* Pueden incorporarse dentro de esta clasificación el asesinato por lucro (inciso 1) por ferocidad (inciso 1) o por placer[87] (inciso 1). Asimismo, también puede penetrar en esta categoría el homicidio «*criminis causa*», referido al matar para facilitar u ocultar otro delito (inciso 2), aun cuando algunos autores le atribuyan una autonomía dentro de la clasificación de las circunstancias del asesinato[88] considerándolo en razón a la conexión con otro ilícito penal.

iv. *Por la condición de la víctima*[89]: en la que se incorpora la nueva circunstancia referida a «*si la víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones*».

El asesinato es un **delito de resultado** por la muerte sobreviniente que trae consigo. Como en todo homicidio estamos frente a un delito de resultado instantáneo.

La infracción *sub examine* según su redacción puede ser clasificada como un ***tipo* monosubjetivo** dado que solo es suficiente, para la perfec-

---

[85] Algunos autores como RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 49, agrupan a la alevosía dentro de los medios que aseguran, sin riesgo, la ejecución del acto de matar. Olvidan que en la alevosía no importa tanto el medio con que se mata, sino interesa la seguridad con la que se ejecuta la acción y la ausencia de riesgo para el sujeto activo. En tal sentido, el empleo de un medio determinado asume solo una importancia secundaria, nunca esencial y trascendente.

[86] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 49.

[87] Vide SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 808.

[88] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 48; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 132. También LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 271 y ss.

[89] Vide SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 808.

ción del delito, que la muerte sea producida por una persona, sin que sea necesario, al menos formalmente, la intervención de otro sujeto.

VI. BIEN JURÍDICO Y POLÍTICA CRIMINAL

En el asesinato se protege, como en todos los delitos de homicidio, a la vida humana[90]. Sin embargo, vale realizar algunas precisiones. Si en el homicidio se protege a la vida de cualquier ataque o conducta que pretenda eliminarla, en el asesinato solo se protege a la vida de ciertos y determinados atentados que bien pueden consistir en una mayor reprochabilidad (ferocidad, placer y lucro) o en una mayor gravedad del injusto (crueldad, alevosía, veneno o el empleo de fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida y la salud de las personas).

No es difícil percibir una limitación en el asesinato de las modalidades comisivas, las cuales se fundan, por lo general, en valoraciones sociales y normativas –que son portadoras de una mayor disvaliosidad en cuanto a las acciones que se distinguen por el modo de ejecución, por el medio empleado–, también fundadas en una especial motivación psicológica. En todos estos casos, el legislador penal tendrá presente que en su configuración solo deben penetrar las acciones y comportamientos humanos de mayor gravedad, ya sea en su aspecto objetivo o subjetivo.

Para ello es conveniente efectuar una selección cuidadosa de los comportamientos más graves capaces de merecer un tratamiento en el asesinato. Esta labor de selección, como toda tarea de esta índole, requiere un profundo y exhaustivo trabajo de depuración que no solo contemple la imperiosa necesidad de mantener una figura delictiva de extremo reproche jurídico y de máxima gravedad social. Debe verse que no toda **modalidad** de matar se debe recoger en el asesinato, sino

---

[90] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 395; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 732.

solo aquellas conductas intolerables que reflejen la más intensa dañosidad social. Aquí también cumple también un papel destacado el principio de fragmentariedad[91].

Pese a lo apuntado, es de advertir que el legislador peruano no posee una loable cautela en cuanto a la fijación de las circunstancias constitutivas del asesinato dado que incorpora elementos anticuados que se alejan de una correcta técnica legislativa. Vale citar la innecesaria e injustificada conservación del veneno que puede agruparse, sin mayor esfuerzo, en el seno de la alevosía donde encuentra una mejor ubicación sistemática y lógica; en la medida que no se ve una sustancial diferencia entre el matar con veneno y el matar con arma de fuego, más aún si el veneno es suministrado de manera directa, abierta y visible[92].

La única razón que encontramos capaz de explicar su existencia, es de naturaleza eminentemente histórica a la que difícilmente se le puede añadir una justificación sólida de base político, criminal o dogmática. Asimismo, resulta controversial la conservación de la circunstancia de la **ferocidad** dentro del asesinato, toda vez que ella es una manifestación de un estado patológico, ya sea permanente o transitorio, que altera la lucidez de la conciencia y que refleja un estado emotivo o pasional, a la par que representa un elemento de difícil distinción de la crueldad. También resulta sumamente criticable la inclusión, a través del Decreto Legislativo N° 896, de la circunstancia agravante «por placer» que vuelve casi en impracticable la posibilidad de realizar una distinción objetiva y clara entre esta circunstancia y las referidas a la crueldad y la ferocidad.

Creemos necesario pronunciarnos aquí en contra del exagerado casuismo instaurado en el asesinato en el que se brinda alojamiento a cerca de diez circunstancias. Creemos que su número puede ser reducido hondamente, dando acogida solo a las acciones que reflejen la más extrema reprobación y dañosidad social. No

---

[91] Cfr. CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 257.

[92] Loable en esta línea es el criterio asumido por el codificador español de 1995 quien elimina el veneno de las circunstancias del asesinato, subsumiéndolo dentro de la alevosía.

toda acción o móvil grave merece recogerse en el tipo *sub examine*, sino solo las conductas que reflejen una máxima culpabilidad e injusto. *Por ello, postulamos la formulación del asesinato limitado a la regulación del matar por lucro, con crueldad, alevosía o cualquier medio catastrófico.*

Esta restricción de las circunstancias agravantes persigue un fin práctico notorio: el erigir al homicidio simple como un tipo básico y general y no como un tipo excepcional, tal como se produciría en virtud de una extensión desmedida del asesinato[93]. El exagerado casuismo del código conduce a una desmesurada amplitud del tipo de asesinato que vuelve, a veces, al homicidio simple un tipo subsidiario en cuanto a su aplicación práctica.

Frente a una reformulación de las circunstancias del asesinato ha de tenerse en cuenta que su estructura debe recoger, como un principio rector insoslayable, *el máximo disvalor de la acción*, sea en un especial modo o medio de ejecución, como una grave formación de la voluntad contraria al derecho que sin caer en el enhiestamiento legislativo de resabios morales, exprese una sanción a las tendencias subjetivas más reprochables.

VII. TIPO DEL INJUSTO

1. Sujetos

El asesinato como la mayoría de tipos de homicidio, está redactado con el pronombre impersonal «**El que**», formulación que aconseja pensar en la naturaleza común de la infracción. El asesinato no requiere de una especial vinculación personal o parental entre el criminal y su víctima, como en el parricidio, sino basta un determinado desvalor de la acción y una reprobable formación de la voluntad. La figura típica *sub examine* no exige, de manera general,

---

[93] En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 29; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51.

una cualidad específica de autor[94] ni una particular condición del sujeto pasivo[95] –salvo la circunstancia de matar a un miembro de la Policía Nacional o magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público–, sino la realización de ciertas circunstancias[96]. Su construcción obedece a razones de política criminal, que buscan prohibir determinadas acciones y tendencias anímicas[97].

En la delimitación temporal de protección a la vida, en el asesinato vale todo lo glosado en el análisis de los principios comunes del homicidio (*ut infra*).

2. Comportamiento típico

a. La omisión

El asesinato, como cualquier modalidad del homicidio, generalmente es cometido por un actuar positivo, que consiste en el despliegue de una energía con la finalidad de provocar la muerte a otro. Sin embargo, existe una grave controversia doctrinal por averiguar si las modalidades y circunstancias del asesinato también pueden ser realizadas a través de la omisión impropia. Esta discusión, ausente en la literatura penal peruana, plantea hondas repercusiones prácticas. Veamos, con la sumariedad que el caso impone, esta problemática.

En principio, debe apuntarse que son aplicables al asesinato las normas propias de la comisión por omisión sin mayor restricción que no sea la derivada de la naturaleza y redacción de las circunstancias informantes de cada figura. Así, es imaginable su manifestación en el

---

[94] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 65; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

[95] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 187; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 395; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52.

[96] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

[97] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 65.

asesinato por lucro, también en el supuesto del *criminis causa* en la medida que se mate para ocultar o facilitar otro delito[98]. Asimismo en el caso, discutible por cierto, del matar por ferocidad, v. gr. Tertius deja que su hermano menor muera electrocutado, sin motivo alguno, impulsado únicamente por la más ruin perversidad[99].

Por otro lado, es posible aceptar la posibilidad de omisión impropia en las hipótesis del asesinato por veneno o alevosía, pues esta última circunstancia está vinculada a la idea de aseguramiento[100] y no tanto a la de acometimiento o agresión[101]. Es discutible la omisión impropia en la crueldad[102], dicha situación es motivada por la misma naturaleza de la acción que viene impuesta por su significado y valor semántico. Creemos, sin embargo, que si se acepta la omisión impropia en la ferocidad, también debe admitirse dicha modalidad en la crueldad, v. gr. el médico que omite deliberadamente calmar los dolores del paciente, pese al expreso pedido de este[103].

---

98 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 68.

99 La ferocidad, el matar por inhumanidad o por barbarie no puede ser entendida únicamente como realizable por actos positivos que implican un despliegue físico o la utilización de determinados medios, sino ha de abarcar también al comportamiento omisivo, pues tan feroz es quien mata sin motivo aparente como quien deja morir impasiblemente a otro por un motivo fútil. Vale destacar que la ferocidad, como especial tendencia anímica no es solo patrimonio exclusivo del hacer, sino también del omitir, de allí que pueda ser perverso o feroz tanto quien mata desplegando energía física como quien mata omitiendo.

100 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 68; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 200.

101 Así, empero, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 732; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 61.

102 Acepta esta modalidad comisiva: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52. La niega: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 732. En España, donde la fórmula de la crueldad tiene su equivalente en la referencia en la figura del ensañamiento, según algunos autores, puede aceptar la omisión impropia en el caso de salvavidas que para aumentar el dolor de la víctima, aparenta intentos fallidos de salvataje. Así, correctamente: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 29.

103 En contra, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 61.

La omisión impropia se debe aceptar en la circunstancia de los medios referenciados del «fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de las personas», siempre que exista una obligación y competencia específica de controlar determinadas fuentes de peligro[104].

b. El dolo

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina es el determinar si en el asesinato se puede admitir el dolo eventual o si es solo necesario el dolo directo.

Una posición extendida estima que el asesinato solo se realiza con la presencia del dolo directo, ya sea de primer o de segundo grado[105]. A esta conclusión se llega a partir de que el asesinato constituye la figura más grave de los atentados contra la vida, lo cual solo es compatible con la modalidad dolosa más grave[106].

Otra posición considera que el asesinato es compatible con cualquier forma de dolo, ya sea directo o eventual. Desde que el asesinato no tiene un especial elemento subjetivo, queda claro que también puede ser cometido por dolo eventual[107]. Incluso, se llega aceptar la posibilidad, por ejemplo, de la alevosía en grado de dolo eventual[108]. El con-

---

[104] Cfr. ibídem, p. 61; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 29. Este último autor en cuanto a la aceptación de la omisión impropia en el fuego o explosión exige dos fuentes de garantía. Por un lado, la obligación de salvar a las personas que se encuentren en dichas situaciones y por el otro la obligación de evitar el incendio o la explosión. En sentido distinto: DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 199; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 540.

En el Perú niega esta forma comitiva en estos casos: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52.

[105] Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 395; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 62.

[106] Vide CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 735.

[107] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., pp. 431 y 463; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 33; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 50.

[108] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 33; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 441.

trol del riesgo, o el intento de control, influye también en la calificación del hecho. Ello ocurre, por ejemplo, cuando alguien si bien quiere matar a otra mediante un incendio –cosa que consigue– se asegura que ninguna persona más distinta a la víctima corra peligro[109].

La determinación del dolo eventual es una cuestión valorativa que debe decidirse en el caso concreto según el cúmulo de circunstancias concurrentes[110].

Entre las dos posiciones aparece un tercer criterio que estima que la solución a esta problemática debe ponderar la particular estructura y formulación legislativa de la circunstancia concreta, como, por ejemplo, la crueldad, la alevosía, etc. Por tanto, el dolo puede presentar características distintas según los elementos típicos[111].

VIII. CIRCUNSTANCIAS DEL ASESINATO

El asesinato descrito en el artículo 108° del Código Penal peruano contiene en cinco incisos una variedad de circunstancias de diversa naturaleza y sentido que bien pertenecen al injusto o a la culpabilidad; destacando entre los primeros las especiales tendencias trascendentes o determinados modos de ejecución que impregnan de un particular énfasis al disvalor desaprobatorio de la acción. Por su parte, los elementos pertenecientes a la culpabilidad hacen hincapié en las actitudes anímicas o se fundan en motivaciones especiales.

Queda claro, a efectos de la tipicidad del delito, que basta la concurrencia de una sola de las diversas circunstancias para la configuración del delito[112], no es necesario que hayan dos o más. En tales casos se

---

109 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 50.

110 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 440.

111 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 188.

112 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 65; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 69; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 50; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 37.

hablará de un concurso (ideal) de circunstancias que llevará a la elevación sustancial de la pena.

En algunos países existen regulaciones legislativas expresas que consagran la necesaria elevación de la pena ante la concurrencia plural de agravantes, tal como ocurre en el Derecho penal español cuyo Código Penal establece en su artículo 140° que: «*Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años*». La doctrina ibérica estima plausible y correcta dicha agravación[113] y lo denomina gráficamente como asesinato **super cualificado**[114].

En la jurisprudencia peruana se pueden encontrar muchos pronunciamientos en los que pese a describir la concurrencia de dos o más circunstancias (v. gr. alevosía y el matar para facilitar otro delito)[115] no se obtiene ninguna consecuencia en la órbita de la determinación judicial de la pena, ni se postula la existencia de un mayor injusto, o en su defecto de una mayor culpabilidad. Por el contrario, la pena que se impone es la pena mínima del delito (quince años) sin que se haya comprobado la concurrencia de una atenuante genérica o específica que explique dicho monto de pena.

IX. FUNDAMENTACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASESINATO

La circunstancia del asesinato debe precisarse de manera adecuada y suficiente en la sentencia que pone fin al proceso o a la instancia, **motivándola de manera reforzada y especial** –como toda motivación

---

[113] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 65; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 394; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 69; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49.

[114] Vide CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 739.

[115] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Idemsa, Lima, 2005, T. II, p. 212.

que afecta derechos fundamentales, o como en los casos, que se impone una pena privativa de libertad– en cuanto a su configuración fáctica, probatoria y dogmática.

No basta, como se puede revisar con frecuencia, tanto en las sentencias ordinarias como las que son de conocimiento por la Corte Suprema, la referencia genérica y vaga al artículo 108° del Código Penal, al homicidio calificado o el asesinato[116]. Es lamentable que ni siquiera se precise, y menos se motive, la concreta modalidad típica o la circunstancia por la que se le condena.

Igual exigencia debe cumplirse cuando se acusa o procesa a una persona por la comisión de varias circunstancias (lucro, crueldad, alevosía, etc.); en la que se debe precisar el hecho, la prueba y la específica calificación jurídica.

La precisión de las concreta(s) circunstancia(s) ha de efectuarse en el momento procesal oportuno con el fin de garantizar la vigencia del principio de legalidad, el cumplimiento del principio acusatorio (introducción del hecho), el derecho de defensa[117] y de contradicción (para poder probar o alegar) y la necesaria correlación, tanto fáctica como jurídica, que debe haber entre la acusación, la defensa y la sentencia.

---

[116] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 465-2003 del 21 de mayo de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 207 y ss.

[117] Vide la muy buena sentencia expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 535-05 del 5 de octubre de 2005 en la que se señala que: «*En la recurrida se ha incurrido en los siguientes vicios: a) se ha atentado contra el principio de legalidad en las resoluciones judiciales y contra el derecho de defensa, pues, si bien durante el proceso se ha considerado que la conducta incriminada a los procesados constituye delito de homicidio calificado, sin embargo el Ministerio Público al ejercer la acción penal a fojas ciento cincuenta y dos y cuatrocientos noventa y cinco, y el órgano jurisdiccional al ampliar la instrucción por este delito a fojas ciento cincuenta y seis y cuatrocientos noventa y siete, se ha limitado a consignar el artículo ciento ocho del Código Penal, sin especificar el inciso que contiene la circunstancia agravante que se les imputa, b) se ha limitado el análisis y fundamentación en cuanto al establecimiento de la comisión del delito de homicidio y la responsabilidad del encausado Luis Alberto Quispe Félix en el mismo, no habiendo considerado el correspondiente sustento fáctico-normativo de la condena por los delitos por los cuales también se le sentenció, lo cual constituye una clara vulneración al principio de motivación escrita*».

La especificación y motivación de la(s) circunstancia(s) del asesinato no se satisface y menos se cumple cuando en la parte dispositiva de la sentencia no se señala la concreta modalidad típica del asesinato. Dicho deber de fundamentación debe expresarse de manera exhaustiva en la parte considerativa de la sentencia, tanto en los que corresponde a la delimitación de la imputación, fijación de los hechos probados y la fundamentación jurídica en la que se realiza la labor de subsunción del hecho atribuido en la norma penal correspondiente[118] (v. gr. se debe motivar, por ejemplo, si se condena por el asesinato con alevosía, en qué consiste el ataque inesperado o sorpresivo y por qué dicho ataque debe estimarse jurídicamente alevoso).

La determinación de la circunstancia en el fallo no debe ser más que la consecuencia constitucional de haber motivado previamente la concreta modalidad típica.

La omisión de la precisión y prueba de la circunstancia del asesinato por la que se condena o la realización deficiente de dicho trabajo vulnera la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales; y es pasible de nulidad insubsanable[119].

La ausencia de motivación de la sentencia de instancia –respecto a cualquiera de las circunstancias del asesinato–[120], no puede ser materia de subsanación o integración en la sentencia que resuelve el medio impugnatorio[121], debido a que se afecta el derecho a motivar las resoluciones judiciales en su conexión con el derecho a la doble instancia. El

---

[118] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212, en la que, por ejemplo, no se explica ni fundamenta por qué un estrangulamiento se subsume dentro de los alcances del asesinato con alevosía.

[119] Vide las ejecutorias supremas recaídas en los R.N. Nº 535-05, del 5 de octubre de 2005 y el R.N. Nº 1677-2003, del 7 de noviembre de 2003.

[120] Vide la ejecutoria suprema, recaída en el R.N. Nº 1488-2004, del 9 de septiembre de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 234, que realiza una crítica a la motivación deficiente en la que había incurrido la sentencia de primera instancia.

[121] Sin embargo, así la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3289-2002, del 23 de enero de 2003.

camino correcto es declarar la nulidad de la sentencia para no afectar el derecho del imputado o de la parte civil.

Sin embargo, por razones prácticas, de economía procesal y para evitar incurrir en un proceso con dilaciones indebidas, la Corte Suprema en ocasiones prefiere únicamente declarar la condena por homicidio simple, descartando la nulidad de la sentencia y un nuevo juzgamiento[122].

1. Asesinato por ferocidad

a. Antecedentes y sistemática legislativa

Este elemento que obra como motivo y ánimo informante de la conducta pertenece a la esfera de la culpabilidad[123] en cuanto categoría que alberga la formación de la voluntad del agente criminal. El origen histórico de la ferocidad puede encontrarse en el Código Penal alemán de 1877 y en la versión alemana del proyecto suizo de 1915[124]. La penetración en la codificación peruana se produce a partir del artículo 152° del Código Penal de 1924. Su existencia se prolonga hasta nuestros días, en virtud a su incorporación en el artículo 108° inciso 1 Código Penal de 1991.

Cualquier vinculación dogmática de la ferocidad con otras referencias anímicas presentes en algunas legislaciones latinoamericanas, o de otra latitud, debe descartarse en cuanto a su identidad. Es muy escaso el parentesco existente entre la ferocidad y la referencia a la perversidad brutal (Código Penal italiano de 1889 o en la formulación ori-

---

[122] Vide las ejecutorias supremas recaídas en el R.N. N° 3283-2003,de fecha 15 de abril de 2004, R.N. N° 1324-2004, de fecha 10 de junio de 2004, en PÉREZ ARROYO, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, cit., T. II, pp. 828 y 832, R. N. N° 2060-2006 del 11 de julio de 2006.

[123] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 50. Sobre la culpabilidad, vide JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 559; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 580 y ss.

[124] A mayor abundamiento histórico, vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 49 y ss.

ginal del artículo 80° inciso 2 del Código Penal argentino de 1922) o el placer como circunstancia del homicidio calificado (Código Penal argentino actual que modificó la referencia a la perversidad brutal por la de placer a partir de la Ley N° 17567).

Una reproducción indiscriminada de los criterios que sirven para delimitar las categorías aludidas, propias de la legislación extranjera, aplicándolas de modo textual a la ferocidad es equivocado y censurable[125]. Sin embargo, ello no priva de aprovechar algunas ideas y aportes útiles brindados por el Derecho comparado en el comentario de nuestra ley.

b. Determinación de su significado

La ferocidad, según el Diccionario de la Real Academia, alude a la idea de fiereza. A su vez fiereza importa inhumanidad y crueldad en el ánimo. Con el empleo del vocablo en mención el legislador patrio pretende resaltar el profundo reproche al homicidio que se comete con inhumanidad y una motivación cercana al salvajismo y a la barbarie.

El uso de la ferocidad en la configuración del asesinato refleja más que un rigor técnico y precisión conceptual, una suerte de giro metafórico que busca subrayar y abarcar aquella forma de matar que no es propia de hombres sino de animales y fieras. La motivación de la conducta por ferocidad aparece cargada de cierta dosis de irracionalidad, barbarie, de abyección y atrocidad propia de un salvaje y no de un hombre civilizado.

El término ferocidad encierra un serio significado **cultural**, ligado hondamente al avance y crecimiento espiritual del hombre. No es posible comprender la ferocidad sin una exacta referencia a un determinado contexto histórico y a los elementos de espacio y tiempo. El develamiento de su correcto sentido exige una adecuada valoración,

---

[125] Este es el camino emprendido por ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 133 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

respetuosa de la concepción social acerca de lo que es matar ferozmente. No es lo mismo la ferocidad entendida por los griegos o los visigodos, que la comprensión de ella en la Edad Media.

Asimismo, un homicidio pudo ser tenido por no feroz hace unos doscientos años y puede ocurrir que de producirse igual hecho en la actualidad ningún juez dudaría de calificarlo como asesinato. El valor semántico del que se halla gravado la ferocidad requiere ser revisado cada cierto tiempo por cuanto no es un vocablo que refleja una idea quieta, precisa; muy por el contrario, su contenido es lábil, espacioso y muy resbaladizo.

De allí que bien pueda colegirse la dificultad de su precisión en el contexto jurídico y propiamente en el campo penal. En la delimitación de las fronteras semánticas de la ferocidad, el juez y cualquier otro operador de las normas, por su dificultad natural, ha de trabajar con celo riguroso en la fijación de su significado. Sin embargo, aun así, creemos que cualquier resultado interpretativo por la polifuncionalidad del vocablo puede tolerar críticas o censuras dogmáticas, vinculadas al principio de legalidad.

La vida del hombre, como ser cultural, está nutrida de valores e intereses de los más dispares, que van desde un lado ético positivo a un polo reprobable y negativo.

Los bienes y los valores son susceptibles de graduarse siendo posibles su ordenación ya sea en línea vertical o en forma piramidal. No solo los valores positivos están sometidos a una graduación, sino que también lo disvalioso, lo carente de trascendencia o simplemente lo malo posee, o puede ser afectado, por una exhaustiva jerarquización. El legislador consciente de este dato ha considerado a la ferocidad, al placer y al lucro como los móviles más disvaliosos que merecen una mayor y especial desaprobación desde el prisma jurídico-penal por lo que su sola concurrencia transforma al homicidio en asesinato.

Con ello, debe quedar meridianamente claro, al menos en el Derecho peruano, que el legislador no solo repara en hechos o actos exter-

nos, sino también en elementos internos, propios de la psique y la moral del hombre como síntoma real de la personalidad del reo o como factores que influyen en la cantidad política y ética del delito[126]. La asunción de esta práctica, sin embargo, no deja de tener reparos (*ut infra*) y serias observaciones[127].

La ferocidad, como dato de cultura ubicable en el tiempo y el espacio, requiere en su análisis y comprensión de la referencia a un juicio de valor objetivo que ha de ser captado en el caso concreto por el eventual operador de la norma. No debe creerse que al ser la ferocidad un elemento motivacional está privado de la carga objetiva e impersonal propia de los conceptos dogmáticos o técnicos.

c. Los criterios en la determinación de la ferocidad

En la manifestación de la agravante no es imprescindible, ni necesario que el agente criminal se sienta o se sepa feroz en la ejecución del acto de matar. Ello, en virtud de que en la vida anímica del sujeto, y en la de todo hombre en general, pueden concurrir motivos conscientes e inconscientes, perceptibles o imperceptibles que pueden o no ser captados por la función intelectiva del autor, de tal manera que dicha percepción se vuelve no esencial bastando la comprensión de la motivación por parte del juez o el tribunal.

La ferocidad en el asesinato refleja un ánimo perteneciente a la esfera subjetiva y personal del agente. Sin embargo, su descubrimiento y probanza ha de estar vinculada a patrones objetivos e impersonales de naturaleza **valorativo-cultural**. La ferocidad como concepto jurídico no tiene tanto sentido en la psique del sujeto sino en el juicio de desaprobación que realiza el Derecho a través del juez o el tribunal.

Un sujeto puede matar con ferocidad y para él la ejecución del asesinato puede ser algo normal y común en su vida, puede o no alarmarse por su acto, mostrando el más humano de los arrepentimientos

---

[126] Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 15.

[127] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p.651.

o la más escalofriante pasividad y calma. De allí que cobra verdadero sentido entender a la ferocidad según los patrones socioculturales vigentes en la comunidad.

La ferocidad no implica que la ejecución de la muerte sea torpe, cruel o brutal[128]. La circunstancia es compatible con un posible refinamiento, especial cuidado o meticulosidad a la hora de quitar la vida. El homicidio que se practica no necesariamente se produce por medios violentos.

La Corte Suprema ha señalado que: «*Esta modalidad homicida se encuentra en el móvil de la acción, estos es, en su inhumanidad –que no sea consciente o racional, que sea desproporcionado, deleznable o bajo, o que se actúe impulsado por un odio acérrimo–, lo que revela en su autor una personalidad particular con un grado de culpabilidad mayor que la del simple homicida*»[129].

d. La concurrencia de otros móviles. La imputabilidad

La comisión del asesinato por ferocidad no implica que debe ser el único y excluyente elemento motivacional, dado que también puede concurrir en el autor otra clase de motivos que no afectan la calificación jurídico-penal como la vanidad, la prepotencia, la perversidad o la misma sed de sangre[130]. Sin embargo, es necesario indicar que la ferocidad debe ser el motivo fundamental o principal, aun cuando no sea excluyente.

Asimismo, es indiferente que el sujeto odie o no a una persona en particular o a la humanidad en general; tal como, anecdóticamente, sostenía la doctrina antigua[131] y no raros autores del presente[132].

---

[128] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 90.

[129] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1488-2004 de fecha 9 de septiembre de 2004.

[130] Así, aunque dubitativamente, LEVENE, Ricardo, *El homicidio*, Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 201.

[131] Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1198. En este sentido: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 89.

[132] Cfr. LEVENE, *El homicidio*, cit., p. 198.

La exigencia de la ley solo se centra en el matar con ferocidad, independientemente si existe o no un odio sobre la víctima o sobre una clase social o la humanidad entera. Esta agravante opera –concurra o no– un odio a la persona o a la totalidad de los hombres.

La ferocidad normalmente es compatible con los fenómenos psíquicos que indican disturbios o ciertas patologías de la personalidad. También es posible que concurran con ciertas enfermedades o vicios crónicos como el alcoholismo[133] o el consumo de estupefacientes.

e. La exclusión de un Derecho penal de autor

La ferocidad tal como se halla regulado en el texto penal vigente (artículo 108° inciso 1) no refleja la idea de una personalidad criminal, ni de un estado peligroso que se extiende en el tiempo sin solución de continuidad, sino manifiesta la concurrencia de una motivación especial en un acto concreto[134]. No estamos frente a los casos del Derecho penal de autor, por cuanto lo que interesa fijar en el asesinato por ferocidad es una especial motivación que se expresa y focaliza en una acción humana concreta. Poco importa que el agente criminal posea un temperamento inclinado a la violencia o que su conducta se mueva siempre por los senderos de lo antisocial.

A efectos de su responsabilidad penal es suficiente la exteriorización de un móvil en un comportamiento determinado. Importa, pues, la conducta y no el autor o su personalidad. Sin embargo, debe resaltarse la frecuencia en la que la acción de matar con ferocidad es sintomático de un temperamento y personalidad patológico[135].

---

[133] Vide RUBIANES, Carlos, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, T. I, p. 483.

[134] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 148, cuando se refiere al impulso de perversidad brutal, figura de la legislación argentina en su formulación original, hoy derogada.

[135] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 39.

De allí que sea prudente, y muy útil a los intereses de la defensa, el solicitar al juez penal la realización de peritaje psiquiátrico con el objeto de precisar el grado de sanidad mental del imputado[136].

f. La ferocidad y el debate en el Derecho comparado ante circunstancias similares

La dogmática penal peruana[137], en clara muestra de desinterés con los principios y problemas propios de la ferocidad, recoge como suyo el debate producido en otras latitudes respecto a las particularidades de las diversas circunstancias agravantes semejantes.

Los autores patrios se preguntan si la ferocidad, como especial motivación en el asesinato, puede aceptar tanto una acción sin motivo o un móvil aparente como sí es admisible una acción de matar por motivos nimios[138].

La interrogante busca precisar si la muerte por ferocidad puede producirse tanto si falta en el agente[139] una motivación como si existiendo tiene la calidad de nimia o fútil[140], siendo la respuesta afirmativa. La jurisprudencia peruana también se ha ocupado del tema al señalar que: «*Se ha configurado la circunstancia calificante del homicidio con gran crueldad, prevista en el inciso tercero del artículo ciento ocho del Código Penal, y no la del homicidio por ferocidad, prevista en el inciso primero de la misma norma legal invocada, como erróneamente se ha establecido en la sentencia materia del grado, **pues en la configuración de esta última circuns-***

---

136 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 40.

137 Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, pp. 133 y 135; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 95; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53.

138 Esta problemática parte de considerar y asimilar la ferocidad con la agravante de la perversidad brutal inscrita en la redacción del CP argentino de 1922 (modificado por la Ley Nº 17567) que se basaba a su vez en el código italiano de Zanardelli de 1889, quien aludía al impulso de *brutale malgavita*.

139 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53.

140 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., pp. 37 y ss.

tancia el sujeto activo realiza su conducta delictiva sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable»[141].

A pesar que esta problemática despertó hondas preocupaciones hermenéuticas en el Derecho comparado de antaño (Argentina e Italia) hoy dichos desvelos carecen de valor e importancia, salvo el referido al exclusivamente histórico, más aún si se tiene en cuenta los avances y postulados de la moderna psicología.

Nadie puede poner en discusión la estructura de que toda acción o conducta humana está cargada del más variado arsenal psíquico en donde es imposible dejar de destacar las dos notas imprescindibles como son la finalidad y la motivación. No hay conducta humana que no posea un móvil que la preceda y provoque y una finalidad a la cual se oriente.

Los móviles pueden ser comparados con la estructura ósea del cuerpo por cuanto son ellos los que dan sustento y fijeza a la conducta. Sin embargo, no debe confundirse la ausencia de los móviles con la no conciencia o el escaso conocimiento de los mismos[142]. ¡Que no se conozca el móvil de una conducta, como cuando Pedro mató a Juan, no significa que el móvil no exista!

En realidad solo falta afinar y perfeccionar nuestro conocimiento dado que la sustancia y el dato buscado está allí. Por ello, se torna necio discutir si la ferocidad o la fiereza en el móvil acepta o no la ausencia del motivo, o basta solo la nimiedad del mismo ya que toda acción tiene tras sí una motivación innegable, aun cuando sea poco conocida.

---

[141] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 4612-1996-B, de fecha 11 de noviembre de 1996. También: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 778-2003, de fecha 11 de agosto de 2003: «*Para afirmar la existencia de la ferocidad se requiere que la muerte se haya causado por un instinto de perversidad brutal o por el solo placer de matar, esto es, que el comportamiento delictivo sea realizado por el agente sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable*».

[142] Vide la jurisprudencia argentina que ha interpretado en su mayoría de fallos la antigua agravante de perversidad brutal como ausencia de móviles: RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, pp. 483 y ss.

Esta forma de concebir clásicamente la agravante –dice Soler– «*está en pugna con la realidad psicológica,... la admisión de un acto sin motivo es una hipótesis irreal... habrá acciones de móvil reprochable, fútil o de cualquier otra especie*, conscientes o inconscientes, pero no una acción sin motivo alguno»[143]. Por otro lado, es de notar que la referencia a la nimiedad o futileza del móvil más que aludir a su existencia real, ontológica y concreta en cuanto a su mensuración (lo disvalorado del móvil) importa destacar una alusión a la poca monta moral del móvil.

Resulta que el usado membrete del «***móvil nimio***» más que significar una peculiar carga psíquica denota una clara dosis de valor, mejor dicho de disvalor.

g. Los casos de ferocidad

Los ejemplos y supuestos prácticos citados comúnmente en la doctrina como demostración de la ferocidad (o la perversidad brutal) del agente son variados y de número elevado. Así, se considera que incurre en esta agravante quien mata por el solo hecho de probar el arma; el que mata al compañero de cuarto porque ronca o fastidia; el padrastro desnaturalizado que mata, fastidiado por el llanto del bebé; el asesino que mata porque se le pide guarde silencio o deje de silbar o quien mata al amigo cuando le aconseja desistir de sus amores ilícitos.

La jurisprudencia peruana ha tenido la oportunidad de reconocer un caso de ferocidad en el homicidio que realizó el padrastro a una **niña de un año once meses** a la que en un primer momento castigó con su correa por no querer ingerir sus alimentos, ante su llanto la golpeó a la altura del abdomen y luego la lanzó al suelo donde había una piedra chancada que finalmente fue la causa de la muerte[144]. En otra oportunidad condenó a dos acusados por asesinato por ferocidad al haber dado

---

143 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 40; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 89.

144 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2804 -2003 del 12 de enero de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 232.

muerte a dos víctimas mujeres por el simple hecho de que una de ellas le hizo caer la batería del teléfono celular que portaba uno de los agentes[145]. Asimismo, catalogó dentro de la ferocidad el homicidio que realizó una persona por el solo hecho que la víctima no le respondió el saludo que le hiciera[146]; también al que ocasionó la «*muerte de los agraviados, padre, esposa e hija, cometida mediante apalamiento y puñaladas en el domicilio de estos durante la noche, y bajo el móvil de venganza, al considerar uno de los acusados que los agraviados eran responsables de su expulsión del colegio, hecho acontecido años atrás*»[147].

Discutibles, sin embargo, serían los casos del prófugo que asesina a otro porque sospecha que quiere hacerlo arrestar, o el caso de la mujer que, para mantener relaciones incestuosas con su padre, se pone de acuerdo con este para asesinar a su novio[148]; o el de aquel que mata a otro porque la víctima no le quiere seguir pagando la bebida[149]. Asimismo, es sumamente controversial la posibilidad de subsumir los casos de venganza transversal dentro de la ferocidad, v. gr., *X* mata a *Y* para vengarse de Z. La respuesta correcta, no siendo pacífica, parece que debe ser la afirmativa, reconociendo aquí casos de ferocidad[150].

La jurisprudencia comparada en algunos casos, niega la ferocidad (o su equivalente) cuando el hecho es realizado con odio, pasión o con fines de lucro[151]. No hay ferocidad en los casos que el marido ante el conocimiento de la infidelidad de la mujer o su confesión la empren-

---

145 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1554-2000 del 17 de julio de 2000, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, p. 537.

146 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3456-94 del 20 de abril de 1995.

147 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3649-95 del 3 de noviembre de 1995, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 71, agosto, 2004, pássim.

148 Las últimas hipótesis consúltese en MAGGIORE, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 19, nota 30.

149 Vide RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 484.

150 Cfr. en Argentina: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 40. En contra: LEVENE, *El homicidio*, cit., p. 204. En el Perú ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p.139 excluye la agravante de ferocidad por el odio existente a un tercero, sin tener en cuenta que en la constitución del asesinato por ferocidad interesa solo el móvil de matar a la víctima y no el móvil –odio– a un tercero.

151 Cfr. RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 483.

de a golpes o puñaladas en contra de esta y la mata. En cambio, se niega cuando el marido mata a su esposa por pequeñas rencillas familiares sin importancia que son propias de todo matrimonio[152].

h. La ferocidad y la necesidad de prueba

El asesinato cometido con el móvil de ferocidad requiere ser probado. No basta desconocer la motivación del autor para plantear la presencia de la ferocidad. A pesar de ser un elemento de naturaleza psíquica, íntima y subjetiva, requiere una determinada situación objetiva y externa susceptible de verificación con los instrumentos y medios de prueba adecuados.

La ferocidad como elemento de actitud interna no puede ser objeto de una constatación inmediata y directa, presupone, en su reemplazo, un procedimiento analítico ligado a una posterior operación de reconstrucción ya que «*ningún juez posee el don de ver en el interior del corazón humano, sino que debe desprenderse la conclusión de una deducción a partir de las circunstancias externas del acto*»[153].

A tal efecto colabora de un modo eficaz la determinación minuciosa y pormenorizada de la circunstancia en que el hecho de la muerte se produjo, la forma e intensidad de cómo se ejecutó el crimen, y, si lo hubiera, la respectiva prueba testimonial de los espectadores del crimen. Asimismo, tampoco puede despreciarse el comportamiento común del autor como los antecedentes del mismo. Las personalidades de temperamento explosivo son las que más se encuentran predispuestas a la comisión de esta clase de crímenes. Aquí, como en otros supuestos, el peritaje psiquiátrico brinda un dato de gran precisión.

i. Propuesta *de lege ferenda*

Es una revisión crítica de la agravante de la ferocidad; creemos que se debe postular, desde la óptica dogmática y político-criminal, la

---

[152] Vide en la jurisprudencia argentina: RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, pp. 484 y 485.

[153] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 649.

urgencia de su derogación del catálogo de circunstancias informantes del artículo 108°.

Desde el plano estrictamente dogmático vemos con suma preocupación y alarma, la dificultad hermenéutica de precisar una definición de la mencionada circunstancia, la cual no puede librarse, sea cual fuere el mayor esfuerzo que se trace, de la interpretación muchas veces arbitraria del juez. La mayor aspiración del intérprete en este caso solo puede ser el tratar de enfatizar sus contornos y límites, pero nunca su contenido.

Además, resulta evidente la lesión al principio de legalidad en el postulado de determinación y taxatividad del tipo, dado que la ferocidad no sería sino un «concepto baúl» (polisemántico) en donde pueden penetrar los más variados significados, siempre vinculados al libre arbitrio y discrecionalidad del juez. Asimismo, el empleo de un elemento de la actitud interna, como es la ferocidad, desencadena el peligro de una aplicación desigual e inequitativa de la ley penal, librada más a la emoción que a la imparcial administración de justicia.

Por otro lado, desde el sector político-criminal insurgen poderosas razones que abonan y favorecen la supresión de la ferocidad del catálogo de circunstancias del asesinato.

Desde el plano criminológico y de la ética social resulta sumamente discutible trazar la distinción entre ferocidad y crueldad, más aún cuando el primero de los vocablos tiene como uno de sus posibles sentidos al segundo, véase a guisa de ejemplo la definición de ferocidad en el Diccionario de la Real Academia donde puede captarse fácilmente la referencia a la crueldad.

Asimismo, no es difícil comprender que la crueldad es, por lo general, la manifestación objetiva de la ferocidad, aun cuando la doctrina nacional o extranjera pugne por abrir sutiles y leves diferencias entre ellas. Efectivamente, si la ferocidad requiere de una objetividad real, externa al hecho mismo, este requisito es cumplido holgadamente por la crueldad.

2. ASESINATO POR LUCRO

La ferocidad, el placer y el lucro son tres circunstancias del asesinato que logran una ubicación acertada dentro de la culpabilidad[154], como móviles que informan la voluntad criminal. Se trata de un elemento subjetivo del tipo de culpabilidad[155]. Sin embargo, existen algunos autores que consideran al precio, una modalidad o especie del lucro, como una circunstancia de naturaleza estrictamente objetiva[156].

a. Antecedentes

El móvil del lucro, tal como se halla inscrito en el Código Penal vigente, tiene su antecedente inmediato en el artículo 152° inciso 1 Código Penal de 1924, que se basaba a su vez en el anteproyecto suizo del Código Penal de 1916 y en el proyecto de 1918[157] .

Con la incorporación de la referencia al lucro, el legislador nacional distanció esta circunstancia del área de influencia del Derecho español histórico, cuyo criterio rector era asumido por otras legislaciones hispanoamericanas[158], y el cual alude al **precio u otra promesa remuneratoria**. El codificador nacional en reemplazo de esta formulación recoge una referencia genérica al lucro, sin aludir expresamente al precio o recompensa.

b. Las posibilidades interpretativas del lucro

El lucro en el asesinato es susceptible de diversas interpretaciones dogmáticas, en virtud de la polifuncionalidad semántica del

---

154 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 55; IDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 54.

155 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 215; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 74; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 399.

156 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 276.

157 A mayor extensión HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 55, IDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 54.

158 Este es el caso de la legislación española, tanto derogada como vigente, la argentina y la chilena, entre otras.

término. En una primera interpretación, extensa o lata, el lucro puede aludir a toda forma de ganancia o provecho, alcanzada o por lograr, y cuya naturaleza puede ser de índole sexual, económico, honorífico o de cualquier otra clase. El fundamento de la figura residiría en el provecho personal, ilícito o no, obtenido por la comisión del homicidio, sin ser relevante la calidad de la ganancia. Importaría aquí, entonces, más que la índole o clase de la ventaja la sola obtención de un provecho.

Esta tesis, sin embargo, se encuentra sometida a profundos reparos como la que contempla la desmedida ampliación de los casos de asesinato en perjuicio del homicidio simple. La consideración del lucro en un sentido genérico, como cualquier ventaja o provecho, convertiría todos los casos de muerte en asesinatos[159], ya que, salvo las motivaciones fútiles, en todo homicidio el autor trata de obtener una ventaja[160]. De ser este el criterio de la ley, el codificador fácilmente hubiese apelado a una mejor formulación y acuñación conceptual refiriéndose a cualquier ventaja o provecho, sin necesidad de recurrir al lucro. Asimismo, se señala que no puede haber cualificación de la responsabilidad por el concurso de cualquier clase de móvil, el cual debe contar con determinadas características que permita dotar de un significado desvalorable el comportamiento del autor[161].

Una segunda interpretación del lucro, que prevalece casi en forma unánime en nuestra patria[162], aconseja ver a la agravante como referida al homicidio por mandato o por precio o promesa remuneratoria. Esta interpretación evidentemente restrictiva del móvil del lucro, se detiene en la exigencia de un pacto previo entre dos personas en la que por la ejecución de la muerte, el mandatario obtiene una ventaja de orden patrimonial y el mandante ve satisfecha su pretensión de acabar

---

159 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 211.

160 En la legislación española, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 65.

161 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 211.

162 Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 139; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 90.

con el eventual enemigo, esto es, realiza su fin mortícola. Tres son las ideas centrales de esta tesis: **el pacto, el precio y la ejecución de la muerte.**

La doctrina nacional asume este criterio hermenéutico a raíz de la influencia decisiva de la dogmática extranjera, tanto argentina como española, en la que es justificable la restricción de la agravante al denominado *crimen sicari* por el empleo legislativo expreso de los términos «**precio, promesa o remuneración**». Lamentablemente nuestra ciencia penal, una vez, más demuestra mayor consideración por los textos legales y la dogmática foránea que por la propia ley que comenta y justifica su labor[163].

---

[163] La restricción del asesinato por lucro al supuesto del homicidio por «precio, promesa o remuneración» se encuentra sometida a diversas observaciones críticas que se caracterizan por demostrar el mayor alcance y cobertura del asesinato por lucro. Una de ellas repara en que si el legislador patrio pretendía equiparar el asesinato por lucro con las hipótesis de *crimen sicari* le hubiese bastado remitirse a los numerosos códigos de la región que albergaban, y todavía poseen, esta formulación empleando para mayor facilidad y comprensión los mismos términos. Lo apuntado es más contundente cuando hurgando en otras instituciones del mismo Código Penal, tanto del anterior como del actual, el intérprete puede percatarse de la influencia de legislaciones como la española y la argentina, documentos legislativos que tenía a la mano nuestro codificador y a a los que sin mayor recelo pudo haber acudido en la construcción del asesinato. Por ello, si el legislador nacional escogió al lucro en la redacción de las circunstancias del asesinato en vez del «precio, promesa o recompensa» es porque pretende imprimir un mayor alcance y cobertura a la agravante, más allá de su tradicional configuración en la codificación hispana. El lucro respecto al precio, promesa o recompensa no sería algo distinto, sino algo más.

Un parecer en contrario no se encuentra en condiciones de explicar suficientemente porque se equiparan en un mismo sentido hermenéutico ideas que si bien son semejantes poseen aristas que las diferencian nítidamente a partir de su propio significado lingüístico y jurídico. Con el lucro y el precio, recompensa o promesa pasa lo mismo si se pretendiera equiparar la participación con la complicidad pues en ambos casos existe una íntima conexión, pero a la vez gran diferencia y es que el lucro y la participación tiene mayor alcance, aun cuando los comprenda, que el precio y la complicidad respectivamente.

Otro argumento en contra de la equiparación glosada insurge de los principios de la interpretación jurídico-penal. Este criterio nos hace ver que si en sede penal la interpretación se realiza según el sentido literal posible, es decir, hasta donde el texto de la ley lo permita, no se llega a comprender a cabalidad el porqué del uso de una interpretación restrictiva que reduce el amplio alcance del asesinato por lucro al supuesto del asesinato por mandato oneroso.

Si la ley penal emplea el vocablo lucro, implica además que el legislador era consciente de su valor semántico-funcional, lo que determina que una correcta interpretación debe respetar su contenido dentro del uso idiomático y alcance jurídico.Por tanto, la interpretación debe mantenerse dentro de los límites permitidos: nunca ensanchándolos, pero tampoco reduciéndolos.

Un tercer planteamiento hermenéutico, mucho más fiel al texto patrio, contempla la necesidad de adecuar el móvil del lucro, sincronizando el pensamiento del legislador –a veces inescrutable– con su letra[164]. Se evita, así, por un lado incurrir en la amplitud y el exceso del primer criterio para quien el móvil del lucro se elevaría a la obtención de una ventaja y provecho, cualquiera fuese su índole, como se huye también del criterio restrictivo que minimiza al lucro a la estipulación de un precio con el objetivo de producir la muerte.

La agravante correría por un sendero intermedio, eludiendo cualquier extremo pernicioso que se aparta en realidad del espíritu de la ley. El lucro sería entendido en un sentido económico como afán de riqueza que mueve la conducta del agente a cometer un homicidio. La circunstancia se reduce a menos de una ventaja o provecho, cualquiera sea su naturaleza, pero a la vez se amplía a más de un simple pacto o promesa remuneratoria lograda por la producción de la muerte[165].

Este parecer que suscribimos en su integridad, se compadece del fundamento de la agravante que más que prohibir la producción de una muerte en virtud de un pacto, precio o promesa remunerativa, prohibe matar en general por un móvil vil y bajo como es el que busca una **utilidad económica**. La ley pretende resaltar no tanto la muerte fijada en un convenio oneroso, sino el hecho de matar por un móvil, en este caso **estrictamente económico**. El legislador, impulsado por los dictados de la ética , se encarga de elevar la penalidad de quien –mostrando mayor interés por el dinero o un provecho económico– no duda en dirigir su brazo criminal contra una vida humana.

Con ello, no solo destaca la temibilidad social del asesino sino su profundo desprecio a las normas mínimas que le hacen acreedor a un

---

[164] Correctamente: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 54. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 51, confunde el lucro con la codicia; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 40.

[165] Como hemos dicho, defendemos este criterio, entre otras razones, dado que si otra hubiese sido la intención del legislador, como referirse al precio o a la promesa remuneratoria, le bastaba contemplar las legislaciones próximas a nuestra área cultural como la argentina y la española en donde se halla una expresa referencia a ellas.

tratamiento sancionatorio especial. La inscripción del asesinato pretende resaltar la importancia ineludible de la vida humana, pero la incorporación de la agravante del lucro busca poner en relieve la mayor reprochabilidad social y jurídica de quien mata por dinero u otra ventaja patrimonial.

Esta discusión interpretativa no deja de tener consecuencias en la práctica judicial ya que de asumirse tal postura se incorporarían nuevos supuestos en el asesinato que eran objeto de una tradicional exclusión en la dogmática jurídica patria. Así, debe considerarse como asesinato al hecho de matar con el propósito de lograr una herencia de un pariente, o cuando por suprimir a un rival comercial se causa intencionalmente la muerte. Asimismo, creemos que bien puede aplicarse la agravante en el caso de matar para evitar pagar una deuda o quien mata para librarse de una carga económica (matar a un acreedor)[166].

Sin embargo, no creemos adecuado a la letra de nuestra ley confundir e identificar el móvil del lucro con la codicia[167] –elemento también de pertenencia espiritual–, que es el reflejo no de un acto sino de un estado o tendencia del autor, caracterizado por el afán desmedido de riqueza[168].

c. Dèfinición

El móvil de lucro consiste en el matar buscando obtener una ventaja patrimonial o económica ya sea para incrementar el activo o en búsqueda de reducir el pasivo (muerte del acreedor). El móvil debe ser el hilo conductor y la espina dorsal del obrar criminal, operando como la causa eficiente que mueve a la voluntad de matar. Sin embargo, nada impide que el móvil del lucro pueda concurrir paralelamente con otro tipo de motivos como: odio, venganza, antipatía, rivalidad o el mismo

---

166 De modo semejante: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 42.

167 Con cierta ambigüedad, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 56. Incorrectamente VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 52.

168 A mayor extensión ver NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 47 y ss.

deseo sexual, etc., en todo caso, la relevancia penal de la conducta estará dada por el carácter dirigente del lucro.

El lucro debe ser la causa principal, aunque no necesariamente la exclusiva. Si bien el móvil de lucro tiene una existencia netamente espiritual y subjetiva, la expectativa de la ventaja económica debe poseer una correlativa manifestación objetiva o real. No basta actuar, entonces, con una mera esperanza[169], a veces ficticia o imaginaria, de lograr el provecho patrimonial, sino que es necesario que este móvil tenga cierta base objetiva ligada al mundo material o alrededor de las circunstancias donde el autor se mueve[170]. De allí que no actúe con el móvil del lucro aquella persona que mata en la creencia que así obtendrá el premio mayor de la lotería. Con ello, el Derecho penal reafirma su programa de castigar acciones humanas fundadas en cuestiones concretas y no meramente ficticias o improbables.

El móvil del lucro abarca tanto a aquella motivación unilateral, perteneciente a la esfera de un agente individual, como el homicidio por precio o promesa remuneratoria denominado *crimen sicari*, cuestión que empezamos a analizar en los párrafos siguientes.

La doctrina muestra su acuerdo en señalar que la razón de la especial agravación del asesinato por lucro consiste en una mayor culpabilidad[171] del sujeto que se inclina al acto, movido por un afán de obtener una ventaja económica. El fundamento de la agravación se encuentra en la presencia de un elemento subjetivo que reside en las especiales características del proceso de motivación y que impulsa actuar al autor[172].

---

[169] Lo acepta: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[170] En sentido distinto: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 217.

[171] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 55; IDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 56, quien añade además el carácter ilícito del acto. Sin embargo, no faltan aquellos que encuentran su fundamentación en el incremento del contenido del injusto y en particular el incremento del desvalor de la acción, vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 40.

[172] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 213.

No es necesario, en puridad, que el sujeto muestre un deseo desmesurado de enriquecerse[173]. Basta que busque obtener un beneficio económico. En la ponderación motivacional el autor prefiere matar que respetar la vida del semejante o si se quiere, mata como medio para lograr el lucro.

d. El homicidio por mandato oneroso

Esta especie del asesinato se halla comprendida en los alcances de la agravante del lucro. Su importancia es de tal magnitud que en la doctrina nacional (*ut supra*) muchos autores la identifican como la única modalidad admisible del lucro.

d.1. Antecedentes

Hasta no hace poco tiempo se la consideraba como el ejemplo típico del asesinato, la modalidad por excelencia[174]; esta era la concepción clásica del asesinato reducida al homicidio por precio o recompensa. La máxima gravedad del ilícito de homicidio por mandato oneroso y la imposición de la pena más severa viene desde hace mucho tiempo, remitiéndose a su antecedente y su genealogía jurídica más remota: el Derecho romano, en donde se penó al *crimen sicari*.

Posteriormente, dicho precedente ingresó paulatinamente a las diversas legislaciones occidentales, siendo una de sus principales receptoras el antiguo Derecho español a través de la Ley de las Partidas[175], de la cual se filtró y difundió por todos los países tributarios de la cultura ibérica[176].

---

173 En sentido distinto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 55; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 56.

174 Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1192 y ss.

175 A mayor abundamiento vide QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 274; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 47 y ss.

176 El CP de 1863 no fue la excepción, dado que en el artículo 232º se consagra la aludida agravante bajo la formulación del matar «por precio recibido o recompensa estipulada».

Hoy en día, pese a la corriente reduccionista de las agravantes del asesinato, por la cual desaparecen muchas circunstancias tradicionales a esta modalidad delictiva, vemos que las legislaciones más influyentes todavía conservan al motivo del lucro o al precio o recompensa dentro de la figura de asesinato[177]. Esta práctica en el Derecho comparado posee numerosas opiniones favorables por lo que creemos sumamente difícil su desaparición del catálogo de circunstancias agravantes.

d.2. Requisitos

El homicidio por mandato oneroso para su perfección y existencia requiere de por lo menos tres presupuestos consistentes en el pacto o convenio criminal, el precio o remuneración pagada o prometida y la perpetración de la muerte por parte del mandatario[178]. La falta de uno de los elementos descritos trae consigo la desaparición del homicidio por mandato oneroso, que se inscribe dentro del asesinato por lucro.

El **pacto o convenio** es el elemento generador del asesinato[179]. Constituye el primer escalón del *iter* criminal, su importancia es tal que «*este crimen no tiene su razón cualificante en el mandato que el asesino recibe de un tercero sino en el pacto infame sobre el precio, que representa la causa por la que el autor material interviene y comete el hecho*»[180].

No todo mandato fijado en un convenio ejerce fuerza constitutiva ya que solo tiene relevancia aquel que posee naturaleza onerosa o puede traducirse en objetos de innegable valoración económica[181]. Se des-

---

[177] Ese es el caso de la codificación penal española donde se puede contemplar que tanto el artículo 22º inciso 3 referido a las circunstancias que agravan la responsabilidad penal y el artículo 139º inciso 2 referido al asesinato conservan el epígrafe agravatorio «por precio, recompensa o promesa».

[178] Hay quienes, sin embargo, consideran que debe haber dos requisitos: a) la oferta de un precio, recompensa o promesa para la ejecución del hecho por parte de un sujeto a otro, y b) que dicha oferta haya sido la causa desencadenante de la resolución delictiva en el autor del hecho, vide GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105.

[179] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

[180] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 48.

[181] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 74.

carta así de la figura el asesinato cometido por mandato o convenio gratuito[182] en el que el ejecutor obra impulsado por móviles y fines distintos a la obtención de utilidades o ganancias convertibles en bienes económicos.

El pacto puede ser **escrito o verbal**. La formalidad o modo no interesa, basta que este no carezca de vaguedad o indeterminación como «*el quiero que mates a cualquier persona*». El pacto requiere el establecimiento de dos partes que puede o no coincidir con dos personas (el mandante y el ejecutor). La necesaria existencia de un convenio serio y expreso[183] implica excluir de la órbita de la agravante el matar movido por la esperanza que el crimen sea aceptado y retribuido por el mandante[184].

Asimismo, no basta simplemente que el mandante piense dar el precio después de cometido el hecho si antes este o la remuneración no han sido estipulados[185]. El matar por mandato oneroso implica que el homicida ejecute una muerte por la que recibirá una ventaja patrimonial (precio, remuneración) del mandatario.

El pacto criminal no requiere, como es lógico, cumplir con las formalidades y elementos imprescindibles del acto jurídico dado que abinitio no satisface el requisito del fin ilícito. Tampoco es conveniente detenerse en el análisis de la capacidad o el presupuesto del objeto jurídicamente posible. Poco importan aquí los elementos informantes del Derecho privado que nada tienen que aportar en el estudio del agravante.

El único elemento que se torna imperativo comprobar en la génesis del pacto criminal es la existencia de una manifestación de voluntad expresa por parte del mandante y el mandatario.

---

182 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41, nota 82.

183 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 41.

184 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 49; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41.

185 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 98; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53.

Si bien para la existencia del homicidio por mandato es necesario la presencia de un **pacto previo**, este requiere un elemento adicional que consiste en la fijación de un precio o promesa remuneratoria; la cual se constituye en la esencia y razón fundamental de la agravante en comentario, dado que motiva y dirige el comportamiento del autor a delinquir y cometer el *crimen sicari*. Si hay pacto o acuerdo, pero no concurre la variable o la motivación económica no se configura la agravante[186], v. gr., dos amantes acuerdan la muerte del marido de ella con el compromiso de seguir manteniendo la relación afectiva.

El pacto criminal, por lo general, no supone ni siquiera la realización de un *principio de ejecución*, propio de la tentativa[187], pues no se pone en riesgo de manera inminente y real el bien jurídico «vida». Las reglas generales de la tentativa en el homicidio subsisten sin ningún cambio.

El precio es entendido como «*una suma de dinero o cualquier otro bien o cosas valorables en dinero*»[188]. Asimismo, puede ser comprendido como «*equivalente al valor pecuniario en que se estima una cosa o un servicio*»[189]. El precio existe también cuando se entrega una joya como modalidad de pago del lucro pactado[190]. Por su parte, la recompensa es definida, en un sentido estrictamente económico, como la retribución por un servicio[191], la cual puede manifestarse a través de la entrega de un documento, transferencia de un bien inmueble o el otorgamiento de un empleo[192].

---

[186] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105.

[187] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 92.

[188] Así: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 49; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41.

[189] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 210; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 743. En Argentina LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55, quien alude al provecho económico del bien que motiva al asesinato. En Chile: CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, T. II, p. 153; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal*, T. II, p. 54, consideran al precio como elemento que abraza al valor pecuniario en que se estima una cosa o servicios, cuando a nuestro entender la referencia al servicio pertenece al concepto de recompensa y no al de precio.

[190] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 507.

[191] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 743.

[192] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

La idea central del lucro consistirá en el valor económico o pecuniario de la recompensa[193], descartándose cualquier otra motivación que no posea esta característica[194]. Tanto la utilización por parte de la doctrina de los términos precio o recompensa deben ser entendidos solo en un sentido **eminentemente económico** y no en otro.

No se aplica la agravante cuando, por ejemplo, se recibe dinero para los gastos que demande la ejecución del hecho[195], pero sin que ingrese a tallar la motivación económica en la ejecución del crimen. En tal sentido, dar a una persona dinero para que compre o consiga el arma homicida, el costear la estadía o el viaje, el ofrecer ayuda luego del hecho no representan formas de lucro o de precio cubiertas por el ámbito de protección de la norma.

Algunas legislaciones como la argentina y la española aluden a la promesa remuneratoria, o simplemente a la promesa, junto a las variables de precio o recompensa, con esto se pretende indicar que no es necesario el pago de la retribución económica antes de la ejecución del asesinato[196]. La recompensa es la retribución o remuneración que se satisface con una cosa o servicio, v. gr. una colocación o ascenso en la carrera mejor renumerado[197].

La jurisprudencia peruana reciente registra diversos casos de asesinato por lucro[198]. En un caso famoso en la que se mató a la viuda de

---

193 En este sentido, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, T. II, p. 153 aun cuando la literatura penal chilena sigue el sendero inverso al considerar a la recompensa en un contexto distinto al pecuniario. Vide la literatura y bibliografía citada por el autor en la nota 299.

194 En sentido distinto: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17, quien considera que basta que este en juego algo realmente importante como un empleo, una boda o el divorcio.

195 Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, T. I, p. 236.

196 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

197 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105.

198 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2695-99 del 8 de agosto de 1999: «*En el caso de autos ha quedado probado que la acusada determinó a que diera muerte al agraviado, bajo promesa de recompensa económica, que, este último, lejos de ejecutar la muerte de la víctima por sí solo,*

un empresario taurino se llegó a acreditar que el precio que se pactó por su hijastro para que un grupo de sicarios le diera muerte (Los Injertos del Fundo Oquendo) era de cien mil dólares americanos. En dicho acto intervinieron un número plural de delincuentes que movilizados en tres vehículos interceptaron a su víctima y la mataron, junto a su hija, su guardaespaldas, descargando cincuenta y cuatro disparos[199].

En otras oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema prescinde de indicar las cantidades o sumas de dinero que determinaron el pacto ilícito[200].

La **promesa** es un pago diferido[201] y en este caso sería el ofrecimiento de efectuar el pago del precio o la recompensa posterior a la producción de la muerte. De allí que mientras el precio supone un pago antes del hecho, la promesa consiste en el ofrecimiento de pago posterior al hecho –y como dice NÚÑEZ[202]– efectuado antes de este. No es indispensable el pago de la integridad del precio, más aún si nuestra ley alude solo a la motivación de lucro, independientemente de su efectiva cancelación[203].

Algunos autores consideran, por ejemplo, dentro de los alcances de la agravante la promesa de obtener un importante cargo político, obtener un cargo dentro de una organización[204] luego de cometido el

---

conforme a lo convenido, convenció a su vez a otra persona, a fin de que ejecutara la muerte, como en efecto ocurrió, a cambio de mil nuevos soles, entregados en dos partes, de parte de la referida encausada».

[199] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1260-2004 del 21 de junio de 2004: en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias Dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 229 y ss.

[200] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 287-99, del 16 de marzo de 2000 en la que se señala: «*La acusada esposa del agraviado le propuso al coacusado dar muerte a su esposo a cambio de hacerle entrega de una suma de dinero, hecho que el acusado materializó, para lo cual condujo a la víctima a un lugar alejado, dándole de beber una sustancia tóxica mezclada con cerveza y acertándole numerosas puñaladas, causándole la muerte*».

[201] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

[202] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 50.

[203] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

[204] Vide en este sentido: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 69.

crimen, sin embargo, el sector dominante de la doctrina rechaza este criterio por carecer de motivación económica y porque un criterio semejante alienta la inseguridad jurídica[205].

La satisfacción de la expectativa económica del ejecutor material es indiferente en la calificación jurídica o en la imposición de la pena, pues basta constatar la motivación lucrativa del agente y la cierta objetividad jurídica de la utilidad económica[206]. Asimismo, si existe asesinato por mandato oneroso aun cuando no haya cancelación del precio pactado, con mayor razón existirá la agravante cuando el precio ha sido pagado parcialmente.

Por otro lado, no importa tampoco la **cantidad de la remuneración** pactada por la comisión del ilícito. Puede tratarse de una suma elevada o de un bien de escaso valor en el tráfico económico y ello no reduce ni aumenta en esencia la responsabilidad penal del agente, a lo sumo gradúa en mayor o menor medida la determinación judicial de la pena. También es posible que el ejecutor sea engañado respecto a que se le va efectuar un determinado pago cuando en realidad no existe ninguna voluntad al respecto[207]. No está sometido a prueba la posibilidad o no de pago por parte de quien contrata al sicario o de si efectivamente iba a cumplir con su parte del acuerdo.

La jurisprudencia peruana **no exige que se pruebe de manera suficiente y definitiva la cantidad o el monto específico de dinero** que recibe o que se le ofrece al sicario[208], lo cual es compatible con el espíritu la ley en la medida que se exige que el autor obre por lucro; no que de manera real se pague alguna cantidad de dinero.

---

205 Por todos, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 106; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 74.

206 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 216; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 107; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 74.

207 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 216.

208 Vide las ejecutorias supremas recaídas en el R.N. Nº 960-2004 del 23 de noviembre de 2004, R.N. Nº 982-2004 del 12 de mayo de 2004 en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, pp. 93 y 98.

Se excluyen de modo evidente de la esfera de la agravante al que mata por la esperanza de pago, como cuando el autor abriga la expectativa de recompensa porque cree o sabe que el hecho puede ser querido o provechoso para un tercero. Aquí, falta en realidad el pacto previo. Asimismo, se descarta de la agravante tanto la comisión del hecho por mandato gratuito, esto es, el perpetrado sin motivación económica sino de otra índole (moral, política, social).

d.3. ¿Autor mediato o instigador?

La configuración del asesinato por lucro, en el que un agente se ve persuadido por otro a la comisión y ejecución de un hecho punible (el matar), está sometido a las reglas comunes de la **instigación**[209]. Sin embargo, ello no obsta para que un sector doctrinal minoritario[210] considere a quien entrega el precio, recompensa o promesa como detentador de una posición de superioridad sea más que un simple inductor. Se identifica su función con la de un autor mediato.

Consideramos al mandante en el asesinato por precio o recompensa como un **inductor**[211]. Este criterio posee hondas repercusiones dogmáticas como cumplir con la exigencia que el mandante o instigador genere la resolución criminal (matar) en el mandatario; de tal forma que si el lucro solo refuerza o se añade como un elemento más a una resolución criminal preexistente, la calificación por asesinato no puede prosperar[212]. Ello supone que el precio o la promesa remunerativa debe poseer fuerza constitutiva en la configuración de la agravante.

---

[209] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 35; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 42; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 30; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 52.

[210] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993, p. 367.

[211] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

[212] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 66; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español [PE]*, p. 39; CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte general*, cit., T. II, p. 153.

La instigación no es necesario que se dirija a una sola persona concreta. También puede comprender la determinación a un número plural de personas, desvinculadas entre sí, o que pertenecen a una organización criminal[213].

d.4. Concurrencia de otros móviles

No basta que el afán o móvil del lucro sean solo una variable concomitante o sobreviviente en la ejecución del hecho como parece entenderlo un respetable sector doctrinal[214]. Es necesario que el lucro (el precio o la promesa) sea el motivo dirigente o principal de la conducta.

No hay problema para que junto al móvil de lucro, de naturaleza constitutiva y esencial, puedan concurrir otros móviles que refuercen o solidifiquen la resolución delictiva[215]. La diferencia entre ambos supuestos es sencilla, pues en aquellos casos se exige que el lucro se encuentre en el principio de la conducta, en estas hipótesis el lucro, sin perder esa característica, puede coexistir con otra clase de móviles posteriores a la decisión de cometer el crimen. Correctamente, la mejor doctrina alude al efecto motivacional del precio o recompensa.

El reforzamiento por el lucro de la decisión de matar, posterior a la resolución criminal impulsada por otros motivos (venganza, odio, celos, etc.), es un caso de complicidad pero no de instigación o autoría en un homicidio simple[216]. La representación de la ventaja económica fundamenta la mayor reprochabilidad de la conducta.

Sin embargo, debe quedar claro y establecido que el lucro debe ser el **motivo desencadenante de la resolución delictiva** hasta exigir

---

213 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1260-2004 del 21 de junio de 2004: en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 229 y ss

214 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 277, quien alude la coexistencia de lucro con otros estímulos. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41, quien remarca que «la existencia del precio quita toda la duda sobre el particular (la agravante)».

215 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 69.

216 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 107.

que el hecho se ejecute precisamente por dicho motivo[217], aun cuando no se excluyan otras motivaciones concurrentes. Por tanto, se exige que el autor obre precisamente en base al precio, promesa o recompensa[218] y no basta que el sujeto reciba o vaya recibir una ventaja patrimonial.

No es necesario que el autor carezca de un motivo propio o autónomo para matar[219]. Puede que el autor tenga un motivo, pero lo que desencadena la configuración de la agravante es el ingreso del móvil económico como pretexto esencial para matar.

d.5. Fundamentación

Para algunos el fundamento agravatorio de la figura reside en el motivo que inspira al ejecutor y el peligro que representa el homicidio lucrativo para la sociedad[220]; mientras que para otros en lo inesperado del ataque viniendo de un desconocido y en la dificultad de precisar el móvil[221]. El ejecutor realiza el hecho sin motivo personal alguno y por tan vil impulso como es una recompensa, mientras que el otro procura su seguridad, y aun impunidad, apelando a este medio premeditado y artero[222].

En la doctrina comparada hay quienes plantean la limitación de la circunstancia a los casos en los que existe profesionalidad o hábito criminal en el autor del crimen, situación que evidenciaría un mayor peligro objetivo de la acción para el bien jurídico[223]. En sentido similar, hay vo-

---

[217] Por todos: SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español [PE]*, p. 39; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 106.

[218] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 216.

[219] En sentido distinto: Ibídem, p. 214.

[220] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 34.

[221] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

[222] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41, en sentido similar: QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 275; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 49; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 705, clasifica el precio, promesa o recompensa dentro de las circunstancias que facilitan la impunidad a la vez que denotan una mayor peligrosidad en el hecho. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 365, establece la mayor gravedad del lucro en el aumento del disvalor del acto.

[223] Vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 40.

ces que se pronuncian por el exclusivo castigo del sujeto que se decide a matar por cuenta ajena y sin un propio interés o estímulo al margen del precio o la recompensa[224]. No hay aquí entre el autor y la víctima una relación de conflicto, sino la busqueda de obtener un beneficio de un tercero.

Existe una doble decisión contra el bien jurídico y una mayor culpabilidad de quien resuelve matar no importando a quién, dependiendo todo ello de un pago[225]. Incluso, se llega a exigir una posición sustancial del ejecutor con el mandante, excluyéndose la calificación cuando el primero se encuentra en una situación de carencia y necesidad y este hecho es aprovechado por el hombre de atrás[226].

La postura glosada merece críticas. En primer lugar, interpreta la ley al margen de los principios constitucionales, pues pretende convertir una agravante como si esta fuera la consagración de un Derecho penal de autor, debido a que el homicidio por precio o recompensa –que en nuestra legislación es abarcado por el lucro– lo entiende como si *solo* se castigara al sicario, al asesinato a sueldo o al profesional en homicidios.

El interés personal, propio y autónomo que pueda tener una persona para cometer un homicidio no adquiere un valor decisivo y determinante como para definir si un hecho es homicidio o asesinato, peor aún si es que no concurre el factor inequívoco fijado por la ley: el lucro, el precio o recompensa. La norma no castiga de manera especial al que tiene o no un interés personal o propio, sino al que se decide a matar con el afán de obtener una ventaja económica.

Por último, la aludida posición de igualdad entre el ejecutor y el instigador, lejos de aportar claridad interpretativa y certeza en la apli-

---

224 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 214.

225 Por todos, ibídem, p. 214.

226 *In extenso*: loc. cit. Peñaranda resume su posición señalando los requisitos, que a su criterio deben concurrir como: «a) adopción anticipada de la decisión de matar por cuenta de otro, b) ausencia de un interés propio inmediato en la producción de la muerte, c) propósito de obtener una ventaja artificial o indirectamente vinculada a ella, d) posición de sustancial igualdad o independencia respecto del mandante».

cación del Derecho, genera más problemas que soluciones, pues inmediatamente surge la pregunta respecto a ¿cuál es el criterio para determinar si existe o no igualdad entre el sicario y quien lo contrata?, ¿la suma de dinero, la personalidad, los términos del pacto criminal, etc.? Asimismo, dicho punto de vista no toma en cuenta la propia dinámica criminológica del fenómeno que apunta a la autonomía y a la libertad restringida –en algunos casos controlada– que posee el ejecutor respecto al mandante.

La reprobación del lucro –o su manifestación concreta vinculada al precio o promesa– reside no tanto en la eficacia del medio (dinero o ventaja económica), sino en la vileza del mismo que no es otra cosa que la desvaloración del motivo[227]. A la ley no le interesa castigar con mayor pena los casos en los que se emplean medios eficaces e idóneos que determinan a una persona a cometer un crimen (homicidio). Ella más bien enfatiza en la desaprobación de la motivación que lleva a realizar un hecho al margen de si estadística o socialmente el lucro es un medio corruptor eficaz.

La agravante del lucro tiene un fundamento evidentemente subjetivo. Un parecer contrario que haga residir la esencia de la circunstancia en presupuestos netamente objetivos; está expuesta a severos reparos y críticas como aquella que contempla la excesiva amplitud del círculo de punición que no tanto se restringe a aquellos autores que conocen y se motivan por el lucro, sino que se extiende a todos los que participan o efectúan el hecho[228] independientemente del conocimiento que se posea, v. gr. Así, en el supuesto de coautoría se tendría que postular la calificación de asesinato por lucro tanto al agente que mata motivado por lucro, como al que se haya vinculado al hecho por otro motivo distinto.

d.6. Aspectos problemáticos

El pacto criminal por el que se echa andar el asesinato por mandato oneroso constituye solo un acto preparatorio impune que no en-

---

[227] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 106.

[228] Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte general*, cit., T. II, p. 155.

gendra ni responsabilidad penal, ni responsabilidad civil. Idéntica calificación merece el hecho mediante el cual se entrega la totalidad o parte del precio.

En la fijación de la tentativa importa solo resaltar el comienzo de la ejecución de la conducta del matar. Poco interesa detenerse en el análisis jurídico de las acciones precedentes o anteriores.

Cuando el mandante o instigador del hecho, oferente del precio o de la recompensa, desiste en proseguir la instigación criminal es necesario que tal desistimiento sea comunicado al ejecutor material del acto de forma inequívoca[229]. En caso este persista y ejecute el homicidio por su cuenta, el mandante queda exonerado de cualquier responsabilidad penal. Esta hipótesis posee honda importancia tanto teórica como práctica ya que vale preguntar por la calificación jurídica del agente o autor material: ¿su responsabilidad será fijada solo por homicidio o vale plantearse la adecuación típica por asesinato?

Tomando en cuenta la motivación que impulsa a matar, nos inclinaremos por calificar el comportamiento como homicidio simple, ya que la motivación por lucro ha desaparecido en virtud de la revocación del mandato.

Por otro lado, si el instigador pretende solo que se produzca lesiones en la víctima y el autor material provoca su muerte, la responsabilidad penal del mandante será solamente por el hecho que buscó (instigación por lesiones). Sin embargo, el autor directo responderá por asesinato consumado si es que obró con dolo de matar dado que lo importante no es tanto la intención del instigador, sino la motivación del agente ejecutor ligada a la obtención de un provecho económico. En todo caso, siempre se debe comprobar si existió en el ejecutor el dolo de matar, como requisito imprescindible.

La responsabilidad del mandante o del que contrata al sicario en aplicación del principio de responsabilidad subjetiva, no debe exceder

---

229 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 92.

lo pactado. Cualquier exceso en la ejecución es responsabilidad del sicario y no se extiende al instigador, v. gr. si X contrata al sicario para que dé una paliza o cause lesiones a la víctima y este se excede causando un homicidio, el instigador responderá por lesiones y el ejecutor por asesinato por lucro si es que se comprueba también su intención de matar.

El dolo de matar del instigador debe ser demostrado de manera adecuada y rigurosa. No es posible inferirla únicamente de la muerte de la víctima y de la contratación de un sicario. Estos hechos son de por sí insuficientes para fundar la responsabilidad penal por homicidio del contratista. No basta tampoco que para el instigador el resultado sea previsible[230], que deba contar con que había el riesgo de un exceso o que, por ejemplo, podía haber oposición de la víctima. El dolo eventual se podrá inferir en algunos casos del concreto y específico encargo que se formula al ejecutor. Así, por ejemplo, se entiende que contratar para que dé una «*paliza que nunca se pueda olvidar*»[231], que «*se lo deje al borde de la muerte*», que «*se golpee especialmente el cráneo de la víctima*» si es que de ello sobreviene la muerte puede bastar para el dolo eventual. El *topos* de la previsibilidad del resultado es sumamente discutible en cuanto a su valor dogmático y se vincula más con la imprudencia que con el comportamiento doloso.

En sentido contrario, habrá tentativa de asesinato en el caso en el que pese a la intención mortícola del ejecutor y del instigador el hecho no se consuma[232], ya sea porque la víctima en el momento del ataque se pone a buen recaudo, sufre lesiones o queda gravemente herida, pero no muere.

En la doctrina se discute acerca de la responsabilidad penal del inductor cuando el autor material del hecho incurre en un *error in personam* (*error in personam vel in objecto*) o error en la identidad, v. gr. X al pretender matar a una persona Y (objeto de la instigación) termina matando, por confusión a otra persona Z.

---

[230] Así, empero, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

[231] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 217.

[232] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 92.

Para un sector doctrinal, el error en el que incurre el autor directo no puede beneficiar al instigador quien responderá por homicidio consumado ya que el autor perpetró el hecho conforme el dolo del autor[233]. Sin embargo, para otro sector doctrinal de manera mayoritaria se considera que en el ejemplo propuesto, el instigador responderá por «*aberratio ictus*», esto es, por tentativa de homicidio en concurso con homicidio imprudente[234].

d.7. El tratamiento del instigador

En el Derecho comparado se discute si la agravante de lucro en sus modalidades de precio, recompensa o promesa afecta tanto al inductor como al ejecutor material. Un sector considera que solo afecta al autor directo siendo el inductor castigado por homicidio simple[235]; mientras que para otros autores, tanto el instigador como el ejecutor, responderán por asesinato[236]. Este último criterio se sustenta más por respeto a ley que comentan que por convencimiento propio[237]. Dichas legislaciones incorporan sendas disposiciones que resuelven, *ad limine*, el problema.

Pese a todo, la polémica en nuestra patria pierde interés ya que con la fijación del artículo 26° el instigador solo puede ser castigado

---

233 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 109; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 450; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 92.

234 Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 960; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Nº 284.

235 En España: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 743; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 543; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 65; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 37. En Chile mantienen esta posición en forma aislada CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 153.

236 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., p. 237; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 276, aunque *de lege ferenda* sustente la mayor gravedad del mandatario o ejecutor material, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 706.

237 Ese es el caso de la doctrina argentina, consúltese SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 40; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 50; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 35; LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54; ÍDEM, *El homicidio*, cit., p. 211; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 98.

por homicidio simple[238] y no por asesinato. Dicha posición se diferencia del tratamiento jurídico que debe prodigarse al ejecutor material, el cual será responsable por asesinato. Por lo demás, esta tesis es asumida por la mayoría de la doctrina nacional[239] y del Derecho comparado[240]. El precio es el móvil del ejecutor material y no del mandante que, por lo general, obra impulsado por otro fin que incluso puede ser honorable, v. gr. el padre anciano que paga a una persona para que salde la violación de la que ha sido víctima su hija[241].

También se alega para excluir al instigador dentro de los alcances del asesinato una razón constitucional como es la vigencia del principio del **ne bis in idem**, dado que no puede valorarse doblemente un mismo hecho[242]. En efecto, la entrega u ofrecimiento del lucro no puede ser una forma de instigación y al mismo tiempo una circunstancia agravante.

Sin embargo, se presenta un problema especial cuando también el instigador obra impulsado por un móvil económico y contrata a un sicario (v. gr., quiere deshacerse de un competidor comercial, administrar un negocio, etc.). Aquí tanto el ejecutor material como el mandante actúan por una motivación económica. Esta problemática debe ser resuelta comprendiendo al instigador dentro de los alcances del asesinato por lucro en la medida que ha existido una motivación económica en la determinación al hecho.

---

238 Similar en el derecho comparado: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 75.

239 Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 56; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 91; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 142. En contra: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53.

240 Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 400; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 108; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 75; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

241 Vide ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 75; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 108.

242 Vide FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 237.

Lo mismo ocurre cuando, por ejemplo, el cómplice actúa por una motivación económica, v. gr., se le entrega una suma de dinero o se le ofrece una recompensa.

3. Asesinato por placer

a. Antecedentes

El Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998 incorporó al delito de asesinato una nueva circunstancia que se agrega a las ya existentes en el inciso 1. Ella alude el matar **por placer**. Su introducción representa una práctica inédita en nuestra patria que por vez primera recoge un circunstancia de esta índole.

Sin embargo, su regulación no carece de antecedentes en el Derecho comparado. El Código Penal alemán regulaba esta agravante en el artículo 211° según la Novela del 4 de septiembre de 1941 y la ley del año 1953. En las legislaciones de nuestra órbita cultural cabe citar a la legislación argentina que también la recoge desde que fue introducida por el Decreto Legislativo N° 14778 fechado en el año de 1963; y tras su derogación un año después, fue nuevamente regulada en virtud a la Ley N° 17567 del año 1967. Su reconocimiento legislativo se debió a la necesidad de sustituir la antigua agravante referida a la perversidad brutal presente desde el Código Penal argentino de 1922, circunstancia que fue definitivamente derogada[243]

b. Naturaleza y objeciones críticas

El legislador busca enfatizar en los motivos del sujeto a modo de elementos configuradores de la voluntad criminal. Su pertenencia dogmática no es el injusto, ya sea tipicidad o antijuridicidad, sino la culpabi-

---

[243] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 36, quien resalta que «las dificultades de la fórmula de la perversidad brutal eran muy grandes», situación que determinó su derogación. El antecedente inmediato de la fórmula del asesinato por placer puede encontrarse en el artículo 111°, inciso 4 del Proyecto de Soler de 1960. También: ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, T. I, p. 83.

lidad penal, como especiales momentos del ánimo[244] o como elementos de la actitud interna[245]. Según Roxin tales «*circunstancias son elementos de la culpabilidad en la medida que solo caractericen una constitución interna añadida al tipo delictivo y describan una disposición interna moralmente censurable del sujeto al realizar su conducta en la concreta situación de hecho*»[246].

La doctrina penal se pronuncia de manera reiterada, mostrando preocupación respecto a la frecuencia de la utilización de estos elementos por parte del legislador en los diversos tipos penales de la parte especial, pues se termina resquebrajando el Estado de Derecho al contradecir el principio de determinación de los tipos, concediendo al juez una excesiva libertad para que desde su propio arbitrio infiera o precise la concurrencia o no de una actitud interna, poniendo en peligro la igualdad en la aplicación del Derecho[247], pues situaciones semejantes pueden ser tratadas de manera muy distinta, según la particular apreciación del juez, anclado por lo general, en el sentimiento y en la apreciación subjetiva.

Asimismo, se da pie a una lamentable incertidumbre e inseguridad jurídica siendo el punto de mayor peligro para la infiltración de un Derecho penal del ánimo[248], planteándose la vinculación de la punibilidad a la valoración judicial de posturas internas difícilmente comprobables en el ámbito forense[249].

c. Significado

Según el Diccionario de la lengua española el significado de la palabra placer denota la experimentación de «**una sensación agrada-**

---

[244] De esta forma: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 115.

[245] A más detalle JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 428, quien señala que «en el asesinato las motivaciones contrarias a los valores morales (el placer de matar, la satisfacción del instinto sexual, la codicia y los móviles bajos) son genuinos elementos de la actitud interna».

[246] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/78, p. 315.

[247] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 428.

[248] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 115.

[249] De esta manera ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 10/78, p. 315.

ble o la presencia de un ánimo contento» que normalmente produce cierto hecho o circunstancia[250]. Si se acepta, como se hace aquí, el criterio interpretativo del sentido literal posible, como límite de la interpretación jurídica, no cabe duda que la referencia legislativa del matar «por placer» da lugar a una circunstancia agravante sumamente amplia en cuanto a contenido y variedad de interpretaciones que quizás no solo desborde, sino abrace a las otras modalidades típicas del artículo 108° como la ferocidad o el lucro.

Las valoraciones que tienen las personas sobre las cosas u objetos y sobre la idea misma de placer son muy distintas. No es posible encontrar una definición ni percepción unívoca respecto a este fenómeno, más aún si se lo entiende desde una base estrictamente psicológica que al ser una vivencia estrictamente individual y personal no puede ser captada en su integridad por un tercero (juez) si no es por referencia del individuo mismo.

Resulta discutible que el legislador penal –pese a que no hay, desde el punto de vista de la ciencia psicológica y de la misma filosofía, una definición exacta o siquiera aproximada sobre el placer– haya podido servirse de esa idea en la configuración de una circunstancia agravante del asesinato. No queda dudas que su presencia abre las puertas para una amplia arbitrariedad judicial que puede valorar e interpretar a su antojo el contenido de un término sumamente vago y poroso.

d. Problemática

El asesinato por placer se emparenta y relaciona con otras modalidades de asesinato regulados en el artículo 108°.

El asesino por ferocidad cuando mata, el placer que siente no es el de una persona normal sino que su gusto es extraviado, evidentemente patológico, como el de una fiera. Su regocijo es particular, propio y muy suyo y en el que difícilmente una persona en su lugar sen-

---

[250] Cfr. CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 28.

tiría la misma satisfacción. Por otro lado, el asesino por lucro también obra movido por un determinado placer: el del dinero, ya sea para lograr una determinada ventaja patrimonial o cuando busca que sus activos no disminuyan, v. gr., mata para evitar cancelar o cumplir con una obligación.

Puede que incluso sienta cierta repugnancia o aversión a cometer un homicidio, pero, finalmente, se decide de modo positivo a él por la satisfacción mayor que le produce la obtención de un beneficio económico. Basta recordar que el lucro es una forma de placer por la ganancia desmedida que provoca y el afán de riqueza que representa, ya sea por sí mismo o por los bienes que se pueden adquirir con él.

Por ello creemos que se hace mal incorporando una circunstancia agravante más en el asesinato cuando esta figura ya tiene una amplia cobertura, la cual puede ser catalogada de excesivamente casuística. Lo correcto hubiese sido no aumentar una circunstancia más sino eliminar algunas agravantes ya sea porque no tienen mayor sentido, v. gr. el veneno o porque son difícilmente delimitables desde una perspectiva objetiva.

A ello se agrega la excesiva amplitud, por la variedad de interpretaciones que puede merecer la nueva circunstancia del asesinato «*por placer*»[251]. Por tal motivo, hubiese sido mejor que el legislador se incline por suprimir las circunstancias de la ferocidad, o incluso, el mismo lucro, abarcándolas por la amplia referencia al placer. No existe explicación suficiente para mantener una redacción tan particular y cuyos contenidos semánticos se entrecruzan con tanta facilidad, situación que hace imposible su delimitación precisa y adecuada. No se exagera cuando se afirma que el legislador lejos de mejorar la redacción del asesinato ha terminado empeorándolo al oscurecer profundamente su contenido.

En plena lógica con el planteamiento que venimos sosteniendo, creemos que lo más conveniente sería la eliminación de esta circuns-

[251] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 84.

tancia al carecer de un correlato objetivo idóneo que lo haga contrastable empíricamente. En todo caso si se persiste en dar cobijo legislativo a fórmulas oscuras y poco claras como la ferocidad o el placer, la mejor vía es instaurar la referencia a los **móviles fútiles**.

Sin embargo, el problema del asesinato por placer no es su similitud –en cuanto a su contenido semántico– con la ferocidad o el lucro sino más bien la polisemia que puede generar confusiones a través de los pronunciamientos jurisprudenciales. Detrás de la circunstancia por placer se esconden las más diversas valoraciones de índole **sentimental, valorativa o moral** que no encajan en las demás agravantes del asesinato, pero que cumplen con albergar un elevado disvalor ético-social o revisten una mediana gravedad. Su función sería el de representar una suerte de circunstancia de recogida o subsidiaria capaz de recibir determinadas conductas, o modos de ejecución del homicidio, que no puedan subsumirse en las demás circunstancias y modalidades del asesinato.

e. Alcances

En el asesinato por placer el homicida siente una satisfacción y gozo especial en la producción de la muerte[252], concretando un fin mórbido. De manera gráfica se afirma que el asesino por placer en la ejecución de su acción demuestra tener «**sed de sangre**» y «**deseos de muerte**». El homicidio es un medio para conseguir una sensación agradable o placentera[253], v. gr. contemplar la agonía, obtener sensaciones sexuales, conocer e iniciar nuevas experiencias[254], por vanidad[255].

No se mata por un propósito específico o con un fin determinado y reconocible, sino en virtud al simple goce y disfrute que provoca la

---

[252] Cfr. Loc. cit.: «*mata por placer el homicida que es impulsado a su acto criminal por el goce, disfrute espiritual, satisfacción que experimenta con matar a un semejante*».

[253] Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, T. I, p. 105.

[254] Cfr. CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

[255] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 42.

causación de un mal (muerte) a otro. El matar aparece como un acto desproporcionado, inspirado en causas leves, ligeras y banales[256].

Si bien nada obsta, tal como sucede en el lucro o en la ferocidad, para que junto al placer concurran en la formación de la voluntad otras motivaciones y tendencias anímicas[257] lo cierto es que el móvil del placer debe ser el hilo conductor esencial de la voluntad y energía criminal. Aunque cabe precisar que el placer en esta clase de homicidio suele ser el único factor desencadenante, tornándose cualquier circunstancia o contexto situacional como un puro pretexto en la ejecución del homicidio por parte del autor.

Un sector de la doctrina comparada diferencia el hecho de que el autor cuando mata obre movido por la obtención del placer, del caso en el que el autor en la ejecución del homicidio sienta concretamente placer o no. La ley desvalora lo primero (la finalidad de satisfacer el deseo de sentir placer)[258] y no lo segundo[259], ya que es posible que la persona sea impulsada por el placer de matar, pero en la realización del hecho sienta repugnancia, asco o en ese caso el placer este ausente. No interesa la experimentación efectiva y real del placer en el acto de matar, sino la motivación que preside dicha acción, se concrete o no en un sentimiento de placer.

En la configuración de la agravante no es necesario que concurra una situación especial como una gresca o riña callejera, o el homicidio se produzca en el ámbito de una ardua discusión, como tampoco se requiere una profunda enemistad o rivalidad entre el homicida y la víctima. Pese a que son factores que suelen concurrir y alternar es indudable que la circunstancia en estudio no lo exige literalmente. Por ello la calificación de asesinato por placer subsiste a pesar de la ausencia de las condiciones descritas.

---

256 Vide ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 84; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

257 En sentido distinto: CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

258 Cfr. DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 106; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

259 Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 84.

f. Las características de la personalidad del asesino

Se apunta que mientras el asesino por ferocidad mata en condiciones perversas o «peor que una fiera» el homicida por placer puede hacerlo, y lo hará a menudo con verdadero refinamiento, propio de una mente sádica, totalmente opuesto a la idea de lo brusco[260]. No es necesario que el autor carezca de frenos inhibitorios[261].

Las características del asesino por placer no es exclusivamente el de una persona explosiva, ruda y violenta, sino que también es compatible con una personalidad fría, calculadora y reflexiva que escoge medios o modos de comisión determinados con tal de dar satisfacción a sus instintos y deseos criminales. También se puede actuar lenta y premeditadamente[262].

Por ejemplo, el asesinato por placer puede concurrir también con el asesinato con crueldad. Un médico o una persona puede dar a la víctima pócimas diarias insignificantes de un veneno por el simple deseo de verlo morir lentamente[263].

Es fácil advertir que la ejecución de un asesinato por placer, o por simple gozo de ver correr la sangre, es manifestación de una personalidad desviada que expresa una anomalía psíquica o una enfermedad mental que el juez no puede dejar de valorar desde el punto de vista criminológico y que encierra una especial repercusión en la esfera de la imputabilidad, operando como una causa atenuante. En virtud de las notas caractereológicas apuntadas, es conveniente que se realice un peritaje médico-psiquiátrico para comprender la personalidad homicida y las expresiones y tendencias de la misma.

g. Incomunicabilidad

Al ser un elemento de la actitud interna perteneciente a la culpabilidad del autor no se comunica a los partícipes, pues se trata de un

---

260 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 116.

261 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 42.

262 Cfr. DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 105.

263 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 43.

elemento altamente personal (artículo 26° del Código Penal). El cómplice o instigador a un asesinato por placer responderá por un homicidio simple, aun cuando conozca el modo de ejecución o haya contribuido eficazmente al hecho.

El coautor que realiza en una distribución de funciones el homicidio, pero que no tiene la actitud interna de matar por placer, sino que ejecuta el hecho impulsado por un fin distinto, o simplemente mata a secas, responderá por homicidio simple y no por asesinato. Para que exista coautoría en el asesinato por placer es necesario que quienes tengan el dominio funcional del hecho y ejecuten el mismo obren movidos por la misma motivación: el placer.

4. EL ASESINATO PARA FACILITAR O COMETER OTRO DELITO

a. Antecedentes y denominación

Esta circunstancia agravante cuenta como antecedente próximo del artículo 152°, inciso 2 del Código Penal de 1924, al que reproduce íntegramente. Es visible la semejanza de nuestra legislación con el Derecho penal alemán que en su artículo 211° regula el asesinato y en cuya disposición se inscribe la circunstancia del que «*mata para hacer posible u ocultar otro acto punible*».

La doctrina nacional[264] cuando plantea sus comentarios respecto a la circunstancia de matar para facilitar otro delito, resalta el hecho que la ejecución del homicidio es un delito medio para alcanzar otro hecho delictuoso, el cual a su vez puede ser de naturaleza idéntica o distinta al acto precedente y al que se le atribuye el nombre de **delito fin**.

---

[264] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 94; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 144; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 57.

No obstante, es de notar, que dicha membrecía puede ser extendida también a la hipótesis del matar para ocultar otro delito en el que la comisión del homicidio se halla en vinculación ideológica con el fin de ocultar un delito determinado.

Tanto en una y otra hipótesis, la acción de perpetrar el homicidio es un medio cuyo empleo pretende conseguir un fin trascendente ya sea de facilitar u ocultar un delito. De allí que siempre matar, en esta circunstancia del asesinato, sea un medio para lograr un objetivo criminal sin que pueda, válidamente, restringirse la calidad de medio al supuesto de facilitación a otro delito.

b. Fundamento

El Derecho aquí dirige su desaprobación a quien mata para alcanzar un fin delictuoso. El autor no muestra reparo alguno en quitar la vida a todo aquel que entorpezca su plan y designio criminal, más aún si la comisión del homicidio le allana el camino para cometer un delito u ocultar otro que ya se realizó[265]. Algunos autores encuentran la razón para su mayor castigo en la mayor peligrosidad del individuo que con el fin de acceder a su meta criminal no duda cometer otro delito[266] o de una mayor insensibilidad ética del autor que refuerza dicha peligrosidad[267]. Se habla de una especial criminosidad del delincuente[268] o de la mayor capacidad para delinquir del autor[269].

El ordenamiento jurídico reprocha al delincuente el elegir entre cometer un homicidio como medio para iniciar la ejecución de otro delito o para ocultar un hecho delictivo ya cometido. Con razón apun-

---

265 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

266 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 433; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

267 Cfr. GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 573.

268 Vide MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1948, T. II, p. 494.

269 Cfr. PALERMO FABRIS, Elisabetta y CERQUA, Luigi Domenico, en CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALA, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2003, p. 283.

ta SOLER que «*la odiosidad del hecho deriva de que el supremo bien de la vida es rebajado por el criminal hasta el punto de servirse de ella para otra finalidad*»[270]. La vida deja de ser un fin en sí mismo para asumir en la mente criminal el rango de un mero instrumento subordinado no solo a otro fin, sino a un concreto propósito criminal[271], lo que tiñe de una especial desaprobación al acto de matar.

Con la creación de la agravante el legislador remarca que la vida no es un medio para alcanzar un fin ulterior, menos para conseguir un fin criminal. La circunstancia hace reposar su esencia en una doble desaprobación; por un lado se encuentra el acto de matar a una persona y por otro el hecho que esa muerte pretende ser utilizada en el emprendimiento o la ocultación de un delito.

No es necesario que el delito fin tenga expedito el ejercicio de la acción penal. También se aplica la circunstancia en los casos en que hay un impedimento para el ejercicio de la acción penal, v. gr. excusa absolutoria; o una limitación a la misma, v. gr. ejercicio privado de la acción[272].

Desde el punto de vista dogmático, para algunos la circunstancia forma parte de la categoría de la culpabilidad al fundamentar un mayor reproche jurídico[273]. Sin embargo, si es que se toma en cuenta que facilitar u ocultar la comisión de otro delito representa una finalidad de la conducta –más que un motivo–, su ubicación sistemática es el injusto más que la culpabilidad[274].

El legislador ha previsto una sanción especial para aquel que mata con el fin de conseguir un propósito ulterior: facilitar u ocular otro delito.

---

[270] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 146.

[271] Cfr. PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

[272] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 434; MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 495, GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale* [PG], p. 573 PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283.

[273] Vide SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

[274] En sentido distinto: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 205-1998 del 23 de marzo de 1998, quien alude a un *mayor reproche de culpabilidad*.

c. Para facilitar otro delito

c.1. Naturaleza jurídica

La circunstancia agravante del matar para facilitar otro delito ha despertado legítima controversia en la dogmática penal peruana, respecto a su vinculación con las categorías inherentes a la parte general del Derecho penal. Así, un sector doctrinal, inspirado[275] en Binding y Jiménez de Asúa sostiene que es preferible encuadrar a esta modalidad del asesinato como un delito de resultado cortado o llamado también de resultado anticipado.

Otro sector doctrinal cree conveniente ubicar al matar para facilitar otro delito como una infracción de tendencia interna transcendente en la especie de delito mutilado en dos actos[276]. Sin menoscabo de una mayor discusión doctrinal[277], creemos que bien vistas las cosas tanto a uno y otro parecer le asiste parcialmente la razón cuando pretende ligar la agravante en comentario a conceptos más sistemáticos. Si se considera a la circunstancia de matar para facilitar otro delito como un tipo de resultado cortado, se debe estar de acuerdo que la acción de matar debe pertenecer al autor mientras que el delito fin que se encuentra más allá del tipo objetivo ha de producirse por acción de otro (un tercero), v. gr., *X* mata para que *Y* viole o robe.

Por su parte, si se considera al matar para facilitar otro delito como tipo mutilado en dos actos, tanto el acto de matar consumativo del asesinato, como el delito fin tienen que ser cometidos por la propia actuación del autor. Ahora bien, como la ley penal no aclara ni se refiere con precisión a uno o a otro supuesto creemos que el inciso se debe interpretar, respetando siempre el sentido literal posible, como referido a ambas hipótesis[278].

---

275 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. p. 146.

276 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 44.

277 A mayor abundamiento: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 437; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. III, p. 374.

278 Vide MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 495.

La premisa descrita pretende indicar que se verán abarcados por la agravante los casos en que el delito se cometa por el mismo agente del homicidio como por otro distinto[279]. Por lo demás, este parecer también es asumido por la doctrina nacional en forma mayoritaria[280], aun cuando no se encuentre libre de críticas o censuras[281].

c.2. La vinculación teleológica

El matar para facilitar un delito refleja una notoria vinculación o relación de conexidad subjetiva entre la ejecución del homicidio y el delito que se pretende cometer[282]. Sin esta conexidad subjetiva no puede construirse la circunstancia agravante[283].

El legislador cuando emprendió la construcción de la agravante en estudio pudo seguir tres sistemas distintos:

La conexión pudo ser **ocasional** (el delito se comete con ocasión de perpetrar otro), **consiguiente** (dos delitos se hallan en una estrecha relación lógica como cuando se mata para lograr robar a la víctima) o **teleológica** (el delito se comete dentro del plan del autor como medio para ejecutar otro crimen)[284]. Es evidente que la característica impuesta a la circunstancia de matar para facilitar un delito es de naturaleza teleológica[285] o final en donde la acción del matar debe constituir el empleo de un medio para lograr el fin buscando por el autor.

---

279 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

280 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 59; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

281 Como aquella que puede apelar a la necesaria identidad del agente que comete tanto el homicidio como el delito fin, criterio fundado en una supuesta mayor peligrosidad del asesino, el cual pretende primero matar para luego ejecutar él mismo otro delito.

282 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 433; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

283 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 43.

284 Vide MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 422; BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, p. 451.

285 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 433.

Basta comprobar la ejecución de la muerte (homicidio) como la intención del agente de servirse del homicidio para la comisión del delito[286]. No es indispensable, ni se ajusta a la idea directriz de la infracción, que el delito fin se consume[287] agote o comience a ejecutar, menos que llegue a la fase de los actos preparatorios[288], aun cuando sería conveniente añadir de *lege ferenda* ciertas características objetivas[289]. Para constatar esta forma de asesinato solo es necesario hacer reposar la carga probatoria en la comisión del delito y la utilización de este para la facilitación de otro delito[290].

El que el sujeto se desista o arrepienta del delito fin, luego de cometido el hecho, ya sea por causas externas o internas (v. gr. llanto de la víctima, piedad, solidaridad, etc.) no impide la aplicación de la circunstancia de criminis causa[291].

No es un requisito normativo exigir que los bienes jurídicos de ambos delitos sean del mismo titular o se encuentren de alguna forma

---

286 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 43. Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003 del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

287 Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 496; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55. Tiene razón NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 57, cuando apunta que lo que califica a esta circunstancia del asesinato es la conexión final no la materialización del fin delictivo que mueve al matador sino el fin en sí mismo como pura situación anímica, LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 133.

288 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 59; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 146; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

289 Como que el delito fin comience a ejecutarse o al menos prepararse. Ello en aras de lograr una necesaria seguridad jurídica a la que debe aspirar toda legislación penal que pretenda legitimarse constitucionalmente. Asimismo, una idéntica exigencia proviene desde la perspectiva probatoria ya que ¿cómo puede establecerse que una persona, de manera inequívoca, pretende ejecutar un delito por el solo hecho de perpetrar un homicidio previo? ¿Acaso no es posible que luego de matar el agente activo desista de emprender el delito fin o simplemente contempla la imposibilidad de perpetrar el hecho punible?

290 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

291 Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 134.

conectados. En la práctica, los bienes jurídicos pueden concurrir[292]. La ley comprende tanto los diversos bienes jurídicos como la titularidad de distintos sujetos pasivos[293].

c.3. Sentido

La circunstancia agravante posee jurídicamente una existencia y valor estrictamente subjetivo[294], siendo el delito fin un fantasma que solo vive (como fin) en la mente del autor[295]. Ello implica una preordenación y configuración que contempla el alcanzar el delito fin en virtud al recurso del homicidio. Esta preordenación puede ser premeditada fríamente o sujeta a una detenida reflexión antes de cometer el hecho, de tal manera que la ejecución no es más que una partitura previamente ensayada. En esta circunstancia del asesinato puede comprobarse una suerte de desdoblamiento psíquico[296] dirigido, por un lado, a efectuar el homicidio y, por otro, a servirse de él para facilitar otro delito.

Sin embargo, creemos que a efectos de la ley peruana, no es necesario exigir la premeditación, pues basta constatar una simple decisión de servirse del homicidio para facilitar otro delito[297]; de tal modo que no es requisito indispensable el exigir la reflexión del homicidio o del delito fin. Es suficiente que el sujeto en la circunstancia o en el contexto situacional que interviene valore la perpetración del homicidio como

---

[292] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

[293] Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 496.

[294] Cfr. PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 282; F FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 433; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale [PG]*, p. 573; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 422. En el Perú: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

[295] Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 21.

[296] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 98.

[297] Vide NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 55; LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 131. Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de Junio del 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

vía para garantizar su objetivo: otro delito, de tal modo que considera a este como un medio o una vía para alcanzar aquel[298].

Incluso, es posible que en su plan criminal el sujeto antes de emprender la ejecución del hecho no se haya representado ni fijado la necesidad de matar para cometer el delito fin (robo, violación, TID o cualquier otra infracción); de tal manera que la decisión puede surgir en el momento o a partir de las exigencias del caso concreto. De este modo el homicidio puede llegar a ser un mecanismo o paso necesario que garantiza el éxito de alcanzar el delito fin.

La facilitación para cometer otro delito que alude la ley implica que el homicidio es un medio que normalmente restará esfuerzo y reducirá el trabajo al delincuente en la obtención del delito fin al que aspira llegar. El homicidio representa un sendero adecuado que acerca al delincuente a la consecución del delito fin. La característica esencial de esta agravante deriva de que el legislador fija la desaprobación jurídico-penal en la comisión del homicidio en cuyo acto de ejecución el autor piensa que será útil en la perpetración de un ulterior delito.

c.4. Problemas específicos

El elemento subjetivo del tipo distinto del dolo debe existir no en los momentos anteriores al hecho o solo en el plan del autor, sino en el instante mismo del acto, esto es, el delito fin debe existir en el pensamiento del autor cuando ejecuta el homicidio, nunca antes ni después[299]. Se rechaza aquí la construcción del dolo antecedente y el *dolus subsequens*.

El empleo por parte de la ley del término «*para*» excluye la posibilidad del dolo eventual pudiéndose solo cometer el hecho por dolo directo de primer o de segundo grado[300].

---

298 Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 132.

299 Loc. cit.

300 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45. Respecto a la exclusión del dolo eventual MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 392; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 403. Acepta el dolo eventual: PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283.

La consideración que solo el matar posibilita al acceso del delito fin, no es necesario que se establezca en referencia a cánones objetivos o razonables, solamente importa tener en cuenta el **plan del autor**.

Es suficiente examinar si individualmente el criminal considera que el matar o cometer un homicidio ayudará o tornará fácil la ejecución del delito[301]. Solo es relevante precisar si el autor ponderó la comisión del homicidio como medio idóneo para llegar al fin criminal ulterior, independientemente de su éxito.

De allí que la agravante subsista aun cuando el sujeto yerre acerca de la relación y conexidad final del homicidio con el otro delito o la ejecución del delito posterior fracase o falle. La circunstancia se aplica aun en los casos en los que el autor se equivoque en su plan o programa criminal. La inidoneidad no afecta para que el hecho se haya cometido dentro del fin indicado en la ley[302].

El delito cuya referencia efectúa la ley penal puede ser de cualquier naturaleza perteneciendo bien a la parte especial del Código Penal o a las leyes penales especiales. La mayor o menor gravedad de la infracción no interesa en la calificación del delito[303].

Para algunos la mayor o menor gravedad del delito fin determinará la consideración de la peligrosidad del agente como el respectivo correlato en la imposición de la pena. Matar para lograr un simple hurto se encontraría sujeto a un mayor juicio de desaprobación jurídico-social que matar para facilitar una relación sexual. La venalidad del delito fin obrará siempre perjudicando al autor del homicidio[304].

No se aplica la circunstancia si es que al autor recién le surge la intención de cometer algún delito patrimonial luego de cometer el ho-

---

301 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 48.

302 Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 494.

303 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

304 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 145.

micidio[305]. En tal sentido, la circunstancia de querer facilitar otro delito debe ser anterior y previa al acto de matar.

c.5. El delito fin

En la perfección de la agravante poco importa que el delito fin se haya preparado, ejecutado o consumado[306]. Basta solo que exista en la mente del autor como un acto a realizar dentro de su programa criminal.

Sin embargo, este delito fin –que puede nunca llegar a cometerse– por lo menos debe satisfacer los requisitos del injusto penal, esto es, la conducta del agente ha de ser típica y antijurídica en abstracto. De allí que deba descartarse de la órbita de la agravante el delito putativo[307] y, en general, toda tentativa inidónea[308] en donde la lesión de un jurídico tutelado está ausente.

Cuando la ley alude a la facilitación de un delito pretende resaltar, aunque no lo explicite, que el delito fin ha de ser evidentemente doloso no importando su magnitud penal. Se descarta así la posibili-

---

[305] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 778-2003 del 11 de agosto de 2003, cuando señala: «Que de otro lado, respecto a la circunstancia agravante para facilitar u ocultar otro delito, el comportamiento del muerte (sic.) debe ser dirigido por un elemento subjetivo diferente al dolo, que tiene que coexistir a la intención de causar la muerte (*animus necandi*) constituido en el primer caso, por una concreta finalidad de causar la muerte para hacer viable la comisión de otro hecho punible, y en el segundo supuesto, se realiza la acción homicida con el propósito que la comisión del delito precedente no se descubra, siendo así, *si bien existe un delito patrimonial, este se produjo cuando la agraviada ya había fallecido y sin que existiera en la resolución criminal del agente la inicial intención de apoderarse de sus bienes patrimoniales, conforme se advierte de la instructiva ampliatoria obrante a fojas setenta y seis*». Pese a todo, es de lamentar que la ejecutoria suprema dé crédito absoluto y total a la declaración instructiva del imputado y no valore otras circunstancias que han podido concurrir al momento del hecho, v. gr. el móvil para matar, las relaciones personales, la condición económica de los autores o la víctima, entre otros indicadores.

[306] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 132.

[307] El autor cree erróneamente que su conducta está prohibida por una norma, que en realidad no existe, v. gr. Tertius mata a su concubina para poder mantener relaciones adulterinas con Popea, creyendo que existe la punición del adulterio.

[308] El autor cree realizar un elemento del tipo que en realidad no existe, v. gr. X mata a Z para facilitar un homicidio sin saber que Y había muerto momentos antes.

dad que el delito fin sea de estructura culposa o imprudente[309], dado que nadie puede proponerse o facilitar la comisión de un delito culposo.

Un supuesto distinto es la circunstancia de matar para ocultar otro delito, donde sí es posible que sea para ocultar un delito culposo[310]. La referencia a facilitar un delito excluye irrefutablemente la incorporación de una falta[311] o de una infracción administrativa del sentido de la agravante. El delito fin puede ser tanto un delito comisivo como omisivo[312].

Poco importa la estructura ontológica o normativa de la infracción. Asimismo es irrelevante si el delito fin afecta o no al mismo sujeto pasivo o se trata de personas distintas.

La jurisprudencia peruana registra diversas sentencias condenatorias en la que se castiga a los autores por haber matado con el fin de facilitar la comisión del delito de abigeato (hurtar dos reses que luego se vendieron a mil quinientos soles)[313]; por robar una suma de dinero[314]; para consumar el asalto a un grifo[315]; con la finalidad de consumar la violación sexual[316].

---

309 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 49, nota 110; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

310 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

311 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45. De modo distinto: MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 495.

312 Ese es el caso del amante que mata al padre que se dispone salvar a su hijo, frente a la indiferencia de la madre que se mantiene impávida, buscando con ello ser la única beneficiaria de la herencia.

313 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003 del 26 de junio de 2003: en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

314 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 375-99, del 30 del marzo de 1999.

315 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 205-98, 30 del 23 de marzo de 1999.

316 Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 674-2004, de fecha 21 de junio de 2004, en: CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. I, p. 89. También se ha establecido condenas por homicidio para ocultar la comisión de una violación sexual, vide: la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 6407-97, de fecha 31 de marzo de 1998 al señalar que: «*Se advierte de autos que el acusado dio muerte a la menor después de haberla violado sexualmente, para ocultar*

c.6. Su prueba

Se debe remarcar que si bien la esencia de la circunstancia en comento es eminentemente espiritual o subjetiva no por ello el análisis del delito fin ha de correr los mismos rieles. Es obligatorio constatar el fin del autor como su posibilidad *ex ante* de concreción jurídica. En efecto, al autor del homicidio no se le puede endosar efectos que el ordenamiento jurídico-penal peruano considera completamente irrelevantes[317] o prohibidos, pero fuera del ámbito del Derecho penal.

Pese a que se trata de una circunstancia de **tendencia interna** no por ello está exenta de cumplir con las exigencias del principio constitucional de la presunción de inocencia; por lo que se requiere una acreditación adecuada de la finalidad criminal, más aún cuando esta no llega a revelarse o exteriorizarse.

No es correcto establecer la responsabilidad penal únicamente sobre presunciones, datos sueltos o indicios que están lejos de ser unívocos y suficientes como para desvirtuar plenamente la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, no puede inferirse el matar para facilitar otro delito únicamente del historial criminal del sujeto, sus antecedentes penales o la violencia empleada en la ejecución del homicidio.

En todo caso, deben valorarse un cúmulo de elementos y circunstancias como el lugar en donde se cometió el homicidio (v. gr. dentro de una agencia bancaria, en un camión de transporte de valores, la vivienda de la víctima)[318], la función que desempeñaba la víctima (cho-

---

este atentado sexual, en vista de haber sido reconocido por la agraviada quien era su vecina, infiriéndole unas heridas punzopenetrantes en distintas partes del cuerpo, conforme al protocolo de autopsia. Que, es de observar que la violación sexual fue perpetrada en un primer momento, y en otro posterior el delito de homicidio, pero vinculado este último directamente al primer delito por el móvil de ocultar la violación sexual precedente, con la intención de procurar la impunidad, sin vacilar el agente en sacrificar la vida de su víctima con tal de desaparecer todo medio probatorio que pudiera contribuir a develar la autoría del primer ilícito».

317 No cualquier ventaja ilícita o inmoral puede subsumirse en esta circunstancia del asesinato, sino solo aquella fijada en un tipo penal de manera expresa e inequívoca. De allí que sea conveniente ver a la agravante en relación directa con el principio de legalidad y no solo en la esfera espiritual del delincuente asesino.

318 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

fer, seguridad, policía, etc.); la preparación o el tipo de armas que portaban los ejecutores; la posibilidad inmediata de realizar el delito fin; los obstáculos que debían remover o pasar para garantizar un resultado positivo; o la relación que tenía la víctima con el delito fin.

Los datos que se describen cobran una especial relevancia en el caso en el que el homicidio que se comete busca asegurar y viabilizar la comisión de un delito de robo o una infracción similar.

La misma problemática y exigencia probatoria se debe mantener en los casos en los que el (supuesto y aparente) delito fin se llega a consumar o queda a nivel de una tentativa punible. En estos casos no basta para dar por acreditada la circunstancia **criminis causa** la sola concurrencia o aparición del delito fin, pues dicho elemento no es suficiente para demostrar la existencia del elemento subjetivo que debe vincular uno y otro hecho.

Es indispensable aquí también tomar en cuenta y valorar de manera razonada, objetiva y escrupulosa los indicios concurrentes y que deben llegar a acreditar que ambos hechos se encuentran vinculados por el elemento subjetivo. La dificultad probatoria en este ámbito reside más en elemento subjetivo que en el campo objetivo del hecho.

Una labor probatoria respetuosa de los principios constitucionales deberá focalizarse en acreditar rigurosamente el aspecto subjetivo que vincule ambos hechos. La importancia de ello ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia comparada (argentina) cuando señala que: «*Aunque puede existir en el procesado la intención subjetiva de suprimir la vida de la víctima con la finalidad del latrocinio, si tal intención* ***no resulta plenamente probada*** *en el proceso debe excluirse la calificación de homicidio agravado*»[319].

Si bien no es necesaria la conexión temporal inmediata entre el homicidio y el delito fin, comúnmente en la realidad se presenta dicha característica. Asimismo, no es óbice para la agravante que exista coe-

[319] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 132.

taneidad o cierta relación simultánea entre la ejecución del homicidio y el delito fin, como, por ejemplo, cuando para la facilitación de un robo se mata al cajero que obstaculiza la apropiación del dinero[320].

c.7. El problema concursal

Cuando se consuma tanto el homicidio como el delito fin y existe separación temporal, estamos frente a un concurso real de delitos[321] y no ante un concurso ideal[322] como sostiene un sector importante de la doctrina nacional; dado que la acción de matar para facilitar otro delito y la consumación de este son conductas jurídicamente distintas y separables en el tiempo. No se trata pues de una sola acción reclamada por varias disposiciones. Esta afirmación nuestra ha sido malinterpretada[323] al creer que sostenemos que planteamos un concurso real entre el homicidio y el delito que solo existe en la mente del autor.

En efecto, una conducta es matar para facilitar un delito y otra muy distinta es consumar el delito cuyo medio es el homicidio[324].

Es evidente la estrecha vinculación entre la circunstancia del lucro con la referida al matar para facilitar otro delito. Vemos que quien mata para robar o hurtar a la vez que piensa en cometer un delito obra con un móvil de lucro. De allí que sea necesario delimitar el alcance de una y otra circunstancia de agravación. En tal sentido, creemos conveniente postular que cuando se cometa homicidio para lograr un prove-

---

320 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003 del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

321 Correctamente: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 57; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 108; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 41.

322 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 58, quien en la edición primera de su obra, fechada en 1982, sostuvo el concurso aparente de leyes. El error último es reproducido íntegramente por otro autor, vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 145, nota 167. Este pensamiento sería correcto si la agravante en comentario centrase su esencia en que el delito fin sea al menos tentado o en todo caso se consume inmediatamente.

323 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

324 ¿Acaso podría plantearse el concurso ideal cuando el agente comete el homicidio (delito medio) el primero de enero, y el delito fin logra consumarlo el 15 de febrero? Nosotros creemos que la respuesta es negativa, existiendo solo concurso real.

cho económico siempre que este beneficio sea delito según las normas penales vigentes, se debe subsumir el hecho en la agravante de matar para facilitar otro delito y no en la circunstancia del lucro[325].

d. Para ocultar otro delito

d.1. Generalidades

Esta circunstancia agravante está ligada con el matar para facilitar otro delito. Ambas figuras fijan su esencia en la esfera interna del sujeto cuando el agente comete el homicidio para lograr un fin que va más allá de su consumación ya sea facilitando u ocultando un delito. El legislador define la desaprobación jurídico-penal en la perfección del homicidio independientemente de la obtención o éxito del ulterior fin por parte del autor.

En estos casos la diferencia entre el asesinato y el homicidio reside no tanto en el modo o en el medio sino en el **fin impuesto por el autor a su acción**. La especial desaprobación reside en subordinar la vida humana a la obtención de otro fin, proyectado en el plan del autor.

Tenemos así que la gravedad de la circunstancia es por partida doble: por un lado, se encuentra el avasallamiento de la vida a un fin distinto a ella misma y, por otro lado, la propia naturaleza y estructura de este propósito: evidentemente criminal.

El asesinato en la modalidad de matar para ocultar otro delito, destaca por ser una circunstancia que, una vez anudada a la parte general del Derecho penal, constituye un tipo de tendencia interna que bien puede también homologarse en la clase de delito mutilado en dos actos o de resultado cortado. Poco interesa a la agravante que el delito

---

325 HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 58, señala que la concurrencia de una u otra agravante es en la práctica insignificante porque es suficiente que se compruebe la presencia de una para que exista asesinato. Creemos, que dicho criterio peca de ligero dado que la posibilidad de aplicar disyuntivamente una u otra circunstancia no releva, ni sustituye el pronunciamiento doctrinal capaz de solucionar el problema según criterios racionales y dogmáticamente adecuados.

que se pretende ocultar sea o no de autoría o participación del sujeto homicida, en la medida que también es abarcado en el sentido que la ocultación de un delito tienda a favorecer a un tercero, extraño al delito de homicidio[326].

La doctrina nacional destaca al homicidio para ocultar otro delito como la relación entre delito precedente (que lesiona o compromete cualquier bien jurídico) y el delito consecuente (que afecta la vida misma)[327]. Sin estar equivocado este criterio, es necesario señalar que adolece de cierta imprecisión ya que no recoge la hipótesis de la posible simultaneidad o la coexistencia del delito que se comete con el homicidio, v. gr. el policía que se encuentra robando es descubierto por un compañero de la orden y ante la necesidad de ocultar el ilícito, le da muerte.

Existe aquí una vinculación teleológica y final entre el delito que se comete y el homicidio que se consuma. Esta conexión intencional viene impuesta por el autor y su plan[328], aun cuando desde la perspectiva de un observador imparcial no exista mayor conexión entre el delito a ocultar y el homicidio mismo[329]. De allí que no sea conveniente el imponer criterios estrictamente objetivos que pretendan hallar una conexión externa entre el otro delito y el acto de matar.

Aquí la evaluación debe tener en cuenta la vinculación interna, según la preordenación configuradora del agente y no el criterio del juzgador, de tal suerte que se torna imperativo contemplar el hecho no desde afuera, sino desde el plan del autor.

El autor busca evitar que el delito se descubra o también pretende solo dificultar su descubrimiento[330]. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha reconocido casos similares

---

326 Vide MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 496.

327 Por todos ver ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 148.

328 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

329 Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 496.

330 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

al señalar que: «*Cuando los acusados se percataron que un agraviado había muerto decidieron quitarle la vida al otro, a fin de evitar que este los delatara, disparándole en la cabeza con un arma de fuego, no teniendo reparo alguno en quitarle la vida con la finalidad de ocultar la muerte del otro agraviado; siendo así, se ha configurado el delito de homicidio para ocultar otro delito*»[331].

d.2. La necesidad del elemento objetivo

Para un destacado sector doctrinal peruano no existe mayor diferencia entre la agravante de matar para facilitar otro delito y la circunstancia de matar para ocultar otro delito dado que, se dice, tanto una como otra circunstancia son de naturaleza subjetiva o espiritual[332]. Sin tener que discutir respecto a la aplicación de este criterio para la primera circunstancia, es imprescindible mostrar nuestro reparo respecto a la segunda hipótesis. El homicidio para ocultar otro delito a la vez que exige un elemento subjetivo en la modalidad de tendencia interna también exige el concurso de un elemento objetivo[333], ausente en la circunstancia del facilitar otro delito.

En la agravante *sub examine* no basta que el delito distinto al homicidio exista solo en la mente del autor, sino es preciso que el delito posea existencia material y goce de una realidad efectiva[334]. En pocas palabras es necesario que el **delito exista**. No basta únicamente la creencia del autor que el homicidio, cuya comisión realiza, sirva para ocultar un delito que solo está en su pensamiento, sino es obligatorio constatar una objetiva manifestación del acto delictivo anterior.

---

[331] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 49-1999 del 26 de marzo de 1999.

[332] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 60, para quien resulta suficiente en la consumación del acto típico el hecho que se compruebe la presencia de ese factor subjetivo (móvil de ocultar otro delito). Aclarando luego su tesis sostiene que el hecho al que se refiere ese elemento subjetivo puede haberse producido, pero no es necesario. También: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 44.

[333] En sentido semejante: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

[334] De manera distinta: PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283.

A pesar de mantener una posición disidente, aunque compartida[335] por algún autor, creemos que esta postura debe imponerse una vez que se examine de modo adecuado la naturaleza de la agravante. A poco que se avance en su análisis puede verse que la fórmula de matar para ocultar otro delito encierra una referencia a un acto preexistente en virtud al empleo del término inequívoco «el ocultar». Si este no fuera el temperamento y propósito de la ley no llegaríamos a comprender cómo se podría ocultar ya el pensamiento, esto es, la tendencia interna trascendente, si esta de por sí es ya oculta, desde el punto de vista objetivo.

El legislador de haber procedido así incurriría en un Derecho penal del ánimo, puesto que la reprobación y la mayor penalidad de esta circunstancia descansaría en el matar para ocultar otro delito en realidad imaginario que solo existe en la mente del autor; es decir, se terminaría por castigar el no sacar a la luz o exteriorizar el pensamiento que se está ocultando. El legislador y las leyes mismas cuando construyen el Derecho deben de cumplir con principios mínimos, una de estas exigencias es el principio de razonabilidad por el cual una norma no puede ser un absurdo o contraria a la lógica.

Llevada esta cuestión al campo que nos interesa vemos que el legislador no ha podido construir la circunstancia, restringiéndola al hecho de ocultar un delito inexistente en la realidad, pero subsistente en la mente del autor, dado que se estaría castigando el ocultar lo que por su misma naturaleza es oculto: el pensamiento del autor. Es más, creemos que no se puede ocultar lo que no existe ya que si nosotros matamos para ocultar un delito que nadie conoce, al no existir exteriormente, nos preguntamos cómo, puede sancionarse a alguien.

Simplemente nos queda mirar con asombro y señalar que si el castigo residiera en el ocultar el pensamiento criminal a la postre sería lo mismo que sancionar la no exteriorización de una resolución delictiva.

Sin embargo, los defectos de la tesis que criticamos no quedan reducidos a las consecuencias enunciadas, sino que su error descansa

---

[335] En el mismo sentido ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 149.

también en el fundamento mismo de la circunstancia de matar para ocultar otro delito, el cual para la tesis criticada no sería otro que el castigar con mayor penalidad a quien mata para ocultar un delito que solo existe en su mente y más que un delito es solo pensamiento.

Creemos conveniente interpretar la agravante de matar para ocultar otro delito, como referido a la necesaria preexistencia o excepcional concomitancia de un acto delictivo determinado que se pretende encubrir u ocultar matando a un ser humano. Con ello no solo se respeta la lógica sino también la seguridad jurídica en tanto se condiciona la operatividad y eficacia jurídica de la agravante a un hecho delictivo pasado, o que está sucediendo pero que se pretende ocultar.

El delito a ocultar puede bien ser tentado o hallarse consumado, en todo caso debe poseer un comienzo de ejecución[336]. A diferencia de la hipótesis de matar para facilitar un delito, aquí es importante excluir la posibilidad de aceptar los actos preparatorios.

La jurisprudencia comparada ha catalogado dentro de los alcances de esta circunstancia la muerte de la víctima con el fin de hacerla callar, dado que su voz se escuchaba y podían motivar que terceras personas la auxilien[337]. Lo mismo ocurre cuando, para llegar a tener relaciones sexuales con una menor de edad se le propina salvajes golpes que terminan por matarla[338].

No es necesario que exista un marco de temporalidad inmediata, cercana o estrecha entre el delito anterior y el homicidio[339]. La ley no exige simultaneidad o inmediatez. Basta la conexión teleológica. El hecho anterior que se trata de ocultar con el homicidio puede datar de un tiempo atrás.

---

[336] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 48.

[337] Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 137.

[338] Ibídem, p. 138.

[339] Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, T. II, p. 496; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 48.

d.3. El sentido de la expresión «otro delito»

Cuando la ley emplea la formulación «otro delito» pretende referirse al injusto penal (tipicidad y antijudiricidad) con la respectiva consideración a la responsabilidad por el hecho[340]. No es necesario detenerse en el examen de la culpabilidad. Basta que el delito que se pretende ocultar cumpla con los requisitos de la tipicidad y la antijuridicidad. La agravante en comentario subsiste aun cuando el que mata para ocultar otro delito se vea beneficiado por una causa que cancela la punibilidad, v. gr. artículo 208° del Código Penal[341] o el hecho anterior haya prescrito[342].

Sin embargo, no comete asesinato quien mata para ocultar un delito imposible o una tentativa supersticiosa[343]. Un criterio adverso, a favor de su incorporación en el artículo 108° inciso 2, carecería de rigor sistemático a la par que no respetaría al principio legalidad que considera irrelevantes en la órbita del Derecho penal, tanto el delito imposible y la tentativa irreal.

El delito que se pretende ocultar puede ser de cualquier naturaleza y estructura[344]. Poco importa si el delito a ocultar es omisivo[345] o comisivo, como si se ha visto afectado por una causal de atenuación de la pena. Asimismo, es irrelevante si se da un delito grave o leve en cuanto a su penalidad[346]. Solo es necesario resaltar la necesidad de excluir las faltas o infracciones de carácter administrativo[347].

---

[340] Vide MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 543; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 247.

[341] Vide en ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 150, el caso propuesto y la solución respectiva.

[342] Cfr. PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283.

[343] En contra: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 60.

[344] Cfr. PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 45.

[345] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 61/2, p. 664; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 48.

[346] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 48.

[347] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

El delito a ocultar puede ser tanto doloso o culposo[348], esto último a diferencia de matar para facilitar otro delito donde se excluye el delito culposo.

d.4. Ámbito de aplicación

Respecto al alcance y extensión de la circunstancia no existe un acuerdo en la doctrina nacional dado que no se ha fijado con precisión el problema hermenéutico que el empleo del término «ocultar» implica. Sin embargo es posible plantear hasta dos posibles criterios interpretativos sobre ella.

El primero de ellos restringe el matar para ocultar otro delito a los supuestos en que el homicidio se cometa para desaparecer el delito, entendiendo a este solo como acto humano. Ello implica simplemente matar para ocultar la acción o para ocultar y hacer desaparecer sus huellas. De tal modo que el proceder del sujeto se reducirá a la acción y el resultado cometido y no a las circunstancias o medios probatorios que pueden revelarlo y que a la postre el agente pretende impedir se conozcan.

Con este criterio se llega a sustentar que solo estarían incursos en la agravante aquellos actos que tienden a ocultar la acción o al sujeto pasivo del delito cometido y sobre quien recaen los efectos de la acción criminal, v.gr. X es objeto de un robo por parte de Y, y este para ocultar el hecho mata a X o cuando Z, para ocultar una violación, da muerte a su víctima. La circunstancia en estudio se restringiría de tal manera que se focalizaría en el homicidio cometido y en la víctima del delito precedente.

La segunda tesis advierte sobre la necesidad de interpretar la fórmula de matar para ocultar otro delito en un sentido amplio, extendiéndola no solo en los casos donde se trata de ocultar la acción criminal, sino a las hipótesis en las que se pretende eliminar los medios probatorios o a los eventuales testigos de los hechos.

---

[348] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 45; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 48; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

Este criterio creemos es el correcto porque obedece al sentido de la ley tendiente a castigar a aquel que no solo mató para ocultar su acto sino mató para ocultar las pruebas y en general todo medio que puede contribuir al esclarecimiento de la infracción criminal, v. gr. el que mata a quien se acerca a socorrer a la víctima de la violación[349]. Así, la agravante de matar para ocultar otro delito no descansa tanto en encubrir el delito sino en ocultar y obstruir **la posibilidad de que sea perseguido y castigado**.

La inmediación temporal entre el delito que se oculta y el asesinato no requiere de una proximidad ineludible. Basta que exista una conexión final entre una y otra infracción. Asimismo, interesa que el homicidio para ocultar otro delito solo sea tenido en cuenta con relación al plan del autor y no respecto a una perspectiva objetiva si el acto de matar sería idóneo o no para ocultar el delito[350], v. gr., puede que X mate a un testigo del delito que pretende ocultar porque cree que bastará para encubrir el crimen, sin considerar que existen contra él otras pruebas que lo condenan inevitablemente. Aquí la existencia del asesinato es innegable.

En el Perú, a diferencia de la legislación penal argentina, no se castiga dentro de esa circunstancia al matar por conexión causal o impulsiva[351], este es el caso de quien comete homicidio en virtud de no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el hecho punible. Quien obra así mata por despecho y frustración al no alcanzar su objetivo.

La jurisprudencia peruana en ocasiones confunde la aplicación del asesinato para ocultar otro delito con el de facilitar otro delito. Así ha ocurrido en una ocasión en la que se condenó por asesinato para facilitar otro delito cuando la descripción de los hechos probados llevaba a una subsunción dentro del asesinato para ocultar otro delito.

---

349 Cfr. LAJE ANAYA, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, cit., p. 137.

350 Cfr. PALERMO FABRIS/CERQUA, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 283.

351 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 45.

Se trató de un caso en el que el autor mató a su víctima luego de apoderarse de dos reses *brown swiss* criollo una vez que la víctima lo reconoció al salir de su domicilio tras haber perfeccionado el delito de abigeato. Como lo precisa la propia sentencia, el delito previo (el abigeato) ya se encontraba consumado por lo que la facilitación devenía en irrelevante, peor aún si el autor confiesa –y la sentencia lo reconoce– que mató a su víctima por que lo había reconocido. Su conducta se dirigió a remover cualquier posibilidad de ser perseguido o castigado[352].

Uno de los problemas que se presenta en la aplicación de esta circunstancia aparece cuando se trata de calificar la conducta del autor que mata a su víctima debido a que los bienes que pretendía apoderarse no se encuentran, por lo que proceden a golpear a su víctima hasta matarla[353]. Aquí es posible adoptar dos posiciones antagónicas.

En primer lugar se puede sostener que el comportamiento descrito no constituye un supuesto unívoco e indiscutible de ocultar un delito. Se plantearía que el hecho se enmarca más bien en una suerte de represalia o castigo por la frustración de no encontrar el botín. Para esta posición se estaría ante un caso de homicidio simple.

En segundo lugar, otro punto de vista se pronuncia a favor de la punibilidad del hecho a título de la circunstancia en comentario, toda vez que desde la perspectiva *ex ante* la persona que ingresa a la casa incurre en una tentativa punible en la medida que despliega un comportamiento peligroso. El comportamiento ejecutado no es inidóneo ni absolutamente inútil para realizar el tipo de hurto o robo. Queda claro que el comportamiento realizado se presenta al momento de iniciar la acción como adecuado e idóneo para cometer el delito planificado, pese a que después (*ex post*) el resultado buscado no se haya producido[354].

---

[352] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 841-2003, del 26 de junio de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 212.

[353] Vide este caso descrito en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 5590-1997 del 29 de enero de 1998.

[354] Por todos, de forma minuciosa y contundente: REVILLA LLAZA, Percy, «Un caso de asesinato para ocultar una tentativa de robo agravado de bienes inexistentes», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 72, septiembre, Lima, 2004, pássim, para quien: «Requisito de toda tentativa

5. Asesinato por gran crueldad

a. Antecedentes

La circunstancia bajo comentario posee una ubicación tradicional dentro de los elementos constitutivos del asesinato. Basta ver simplemente el artículo 152° inciso 3 del Código Penal derogado para percatarse de su formulación legislativa en los términos y construcción de la *gran crueldad*.

Posteriormente, el Decreto Ley N° 19910 suprimió la referencia al apócope **gran** que calificaba la crueldad, como uno de los modos de comisión de este delito[355]. Los orígenes legislativos de las circunstancias pueden encontrarse sin mayor esfuerzo en el Código Penal de 1863, que en el artículo 232° inciso 5 castigaba severamente al que «*aumentaba deliberadamente y con crueldad el padecimiento de la víctima por medio de emparedamiento, flagelación u otro tormento*».

Desde esta época las sucesivas leyes y proyectos, salvo escasas excepciones, mantuvieron la redacción que aludía a esta circunstancia[356].

En el derecho comparado fundamentalmente en las legislaciones de nuestra órbita cultural[357] (Argentina, España, etc.) existe una

---

delictiva es la propiedad o susceptibilidad *ex ante* del objeto hacia el cual se dirige la acción ejecutiva, para ser lesionado. Solo si tal objeto desde una perspectiva *ex ante*, para el observador objetivo en el lugar del autor al momento de realizar la conducta, no existe o es inapropiado o impropio respecto a lo exigido por la ley para consumar el delito, la conducta será *ex ante* inidónea para consumar el delito. Aquí deben diferenciarse los casos de inidoneidad o impropiedad *ex ante* absoluta del objeto para ser lesionado, de los de inidoneidad o impropiedad *ex ante* relativa, según se evalúe que *ex ante* la consumación no habría podido producirse nunca, bajo ninguna circunstancia, o sí generalmente, aunque no en el caso concreto, respectivamente. Pues conforme al artículo 17º del CP solo resultan impunes las hipótesis de impropiedad (inidoneidad) *ex ante* absoluta del objeto de la acción (de lo que cabe inferir lógicamente la punibilidad de las de impropiedad *ex ante* relativa)».

355 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 129.

356 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 67.

357 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 49.

circunstancia equivalente a la *gran crueldad*, denominada ensañamiento, que se incorpora bien como una circunstancia genérica de la parte general o de manera específica en los delitos contra la vida: asesinato.

b. Crueldad, ensañamiento y sevicias graves

La crueldad como elemento agravante del asesinato no es novedosa, respecto a la idea que pretende reflejar. Posee cierto correlato y semejanza con otras circunstancias de legislaciones de nuestra órbita cultural[358]. Así, bien puede equipararse al ensañamiento[359] y a las sevicias graves[360] presentes en las codificaciones hispanoamericanas más importantes. Su parentesco y similitud es indudable y de tal magnitud que algún jurista español contemporáneo define al ensañamiento como una **crueldad deliberada**[361] a la par que nuestra doctrina nacional catalogó a la crueldad comparándola con el ensañamiento[362] y las propias sevicias. Difícilmente puede hallarse una diferencia entre una y otra legislación que no sea la estrictamente terminológica o la puramente semántica puesto que con el empleo de diversos términos; solo se pretende reflejar una misma idea.

Con razón Hurtado Pozo apunta que «*debido a esta similitud de significados que existe entre los tres vocablos (ensañamiento, sevicia y crueldad) nuestro legislador se inclinó al parecer por el último para referirse a la agravante que estudiamos*»[363].

---

358 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56.

359 Esta agravante se encontró contenida en el artículo 406º inciso 5 del CP español derogado, reproduciéndose en su integridad en el art. 139º del nuevo Código Penal. El ensañamiento también se halla regulado en el artículo 80º, inciso 2 del CP argentino de 1922.

360 Las sevicias graves se hallaban recogidas en el artículo 80º, inciso 2 del CP argentino de 1922 hasta la reforma de 1967 en las que fueron suprimidas y eliminadas.

361 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 33.

362 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 129; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 96; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

363 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 70.

En efecto, la crueldad, cuyo valor semántico puede ser equivalente al ensañamiento y en cierta medida a las sevicias, es denominada también por la doctrina como el matar por lujo de males (PACHECO) o matar por lujo de barbarie (QUINTANO).

Dentro de nuestra sistemática legislativa existe una innegable semejanza entre la crueldad y el elemento de la ferocidad (inc. 1), que sería la cara interna de aquella. Una y otra gozan de un valor filológico parecido.

Frente a esta difícil delimitación conceptual se debe exigir desde una posición *de lege ferenda* la derogación y supresión de la ferocidad de tal modo que esta sea subsumida por la crueldad. La dificultad hermenéutica para distinguir la ferocidad y la crueldad nos recuerda la forzada y difícil separación que surgió en la legislación argentina entre las sevicias graves y el ensañamiento que tanta polémica levantó en la doctrina de ese país[364] y que motivó una construcción sutil y meticulosa, pero insatisfactoria en la praxis judicial y que a la postre culminó con la derogación de las sevicias como circunstancia del homicidio calificado.

c. Fundamento y naturaleza

Las opiniones acerca de la naturaleza y fundamento jurídico de la circunstancia generan pareceres divididos en la doctrina penal comparada.

Una primera tesis considera como fundamento de la *crueldad* una especial intensidad de la culpabilidad[365] (por ejemplo, una personalidad

---

[364] Vide NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 42; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 36, para quien en las sevicias la crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar a la muerte y en el ensañamiento el mayor daño causado por complacencia a la víctima se produce cuando ella ya no está en condiciones de defenderse. También: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, 79, II, I, quien cita a GONZÁLEZ ROURA y GÓMEZ en la consideración del ensañamiento como modo y las sevicias como medio calificado de causar la muerte.

[365] Vide GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

desviada)[366], es decir, un mayor juicio de reproche que se dirige contra el autor del hecho y que reposa en una supuesta mayor perversidad, un comportamiento malvado o en el goce de prolongar de modo refinado e inhumano los sufrimientos del ofendido. Se llega hablar, incluso, de un deleite morboso. La jurisprudencia comparada alude a un *móvil perverso, satisfacción de instintos de perversidad, personalidad inhumana, complacencia con el sufrimiento.*

Las objeciones que se le dirigen son diversas: i) no es posible edificar una circunstancia agravante como la crueldad únicamente sobre la base de elementos de la actitud interna de contenido moral como la maldad del agente, que ni vienen exigidos por la ley ni responde a las exigencias constitucionales del Derecho penal: proscripción del Derecho penal de autor; ii) la crueldad no reposa de manera exclusiva en un elemento subjetivo del autor, sino en criterios objetivos como es la provocación de dolor y sufrimiento a la víctima. El querer provocar dolor no configura todavía el injusto penal, dado que es necesario que se cause de manera efectiva y real sufrimiento; iii) los contenidos de la culpabilidad exceden los datos psicológicos y psiquiátricos relativos al autor[367]. Si se considera que quien actúa con gran crueldad expresa una personalidad sádica o psicótica no queda totalmente claro porque a un sujeto que posee una imputabilidad disminuida se le impone una pena más grave y más aflictiva.

Un segundo planteamiento entiende que la crueldad encuentra su fundamento en la existencia de una mayor dosis de injusto penal[368] que revela un ataque más extenso en la medida que la conducta traslada su alcance más allá que la comisión del delito concreto, por lo que es portadora de una lesividad mayor que termina por expresar un cualificado desprecio a la dignidad de la persona humana[369]. La crueldad

---

366 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

367 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 110.

368 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especal*, cit., p. 55; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 111; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 40. En contra: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

369 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37: «Además de la negación del derecho a la vida, se está atentando de manera cualificada contra la dignidad o integridad moral de la víctima».

denotaría un mayor injusto que se funda en un aumento del desvalor del resultado[370]. Pese a ello, se critica a este punto de vista el pasar por alto un elemento subjetivo esencial como es la necesaria consciencia de causar y provocar un determinado dolor o sufrimiento[371], sin la que no puede entenderse gráficamente la circunstancia.

A nuestro criterio la circunstancia gran crueldad posee un doble fundamento. Por un lado, refleja un **mayor injusto penal** que está presente en el resultado cualificado que se provoca a la víctima del delito (dolor o sufrimiento intensificado) y, por el otro, hay una **mayor culpabilidad** y juicio de reproche al autor del hecho[372].

La crueldad es una circunstancia de naturaleza mixta que conjuga tanto elementos objetivos y subjetivos en el autor del delito[373], aun cuando un sector minoritario de la doctrina vea su esencia en un elemento subjetivo[374]. En la acción de matar por crueldad debe concurrir tanto una actitud subjetiva especial y particulares características objetivas capaces de teñir de una coloración propia a la circunstancia.

Esta circunstancia debe interpretarse sistemáticamente con la previsión constitucional de la **prohibición de tratos inhumanos y degradantes** (artículo 2°, inciso 24, lit. h)[375] en la medida que el ma-

---

370 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 112; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 41.

371 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 221.

372 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 76; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 220.

373 Vide SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 33, quien sostiene que esta circunstancia además de un hecho físico es un hecho psíquico. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, 79, destaca que el ensañamiento resulta de la combinación del medio o el modo con el propósito, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 26, alude a los requisitos objetivos y subjetivos; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 738.

374 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 319; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 43; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 708. En el Perú: VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 46, considera al homicidio con crueldad como una modalidad de tendencia interna intensificada.

375 «h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura *o a tratos inhumanos o humillantes*».

yor castigo y, por tanto, la prohibición del empleo de la crueldad deriva del hecho de que constitucionalmente se proscribe toda forma de trato inhumano. Los actos de crueldad no requieren que de manera necesaria afecten al bien jurídico protegido vida humana, ya que pueden dirigirse contra otros bienes jurídicos[376], en especial, los de naturaleza personal: integridad moral, ya sea de la propia víctima o de terceros[377].

La crueldad no es solo producir objetivamente dolores o sufrimientos innecesarios a la víctima, sino es indispensable querer causarlos.

El empleo por parte del legislador de la voz *crueldad* remite a la idea de inhumanidad y a la producción de males. El autor pudiendo solo matar a una persona, empleando medios o modos comunes a la ejecución de un homicidio, aplica determinadas aflicciones o padecimientos a la víctima que tornan más dolorosa y despiadada su muerte. El asesino puede simplemente hacer (matar) pero ejecuta el homicidio el hecho, haciendo algo más (causa sufrimiento). La crueldad aparece así como un plus de la acción de matar que se expresa en el causar al sujeto pasivo un padecimiento innecesario[378], ya sea por el empleo de ciertos medios o por la ejecución del hecho de un modo determinado[379].

El sufrimiento que se causa no debe consistir en el daño que generalmente se provoca cuando se comete el hecho (la muerte), sino que debe tratarse de un plus[380]. La circunstancia desvalorada por la norma

---

376 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 111; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 41.

377 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 38. De modo distinto: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

378 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 76.

379 Famosa es la definición del CP español sobre el ensañamiento inscrita en el artículo 139º, inciso 3, al considerarlo existente cuando se «aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

380 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 38.

no estriba en la comisión del homicidio, sino en el incremento esencial del sufrimiento y/o dolor de la víctima[381].

La esencia objetiva de esta circunstancia descansa en la producción de una aflicción especial a la víctima, logrando la consumación del delito sobre la base de un incremento de su dolor. El autor realiza aquí algo más de lo que simplemente pudo hacer. Esta acción adicional se refleja en el padecimiento del sujeto pasivo.

La crueldad es vista por muchos como un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, una vez que se contempla que su fuerza reside en cometer el homicidio en forma deliberada e inhumana. Sin embargo, a poco que se examine las cosas puede uno percatarse que el elemento subjetivo es solo uno de los presupuestos necesarios en el concurso de esta circunstancia dado que también es imprescindible la manifestación objetiva de la crueldad, latente en el padecimiento inútil que recae sobre la víctima[382].

Con ello se pretende destacar que la crueldad no es un mero propósito e intención de hacer sufrir, ni la producción objetiva de atroces dolores a la víctima, sino una circunstancia de naturaleza mixta que requiere la conjunción y encuentro de ambas variables, en donde la potencia configuradora y cierta primacía recae en el *propósito de hacer sufrir a la víctima*. Jurídicamente no interesa tanto que de modo objetivo se produzca padecimiento a la víctima, constatando tal hecho, sino más bien resulta imprescindible verificar que la causación de dolores y sufrimientos es consecuencia de la intención del agente quien elige los medios y el modo de matar con el objeto de cometer el hecho con crueldad.

d. Determinación de su significado

Poco importa en la crueldad la naturaleza **física** o **psíquica** del padecimiento ya que ambos supuestos quedan abrazados[383]. Desde el

---

381 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37.

382 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113.

383 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 38; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49; JORGE

punto de vista del significado social del término, la crueldad se entiende normalmente como referido al dolor físico que se provoca a la estructura corporal de la persona. Los actos se dirigen contra el cuerpo o contra uno o varios órganos de la persona. La forma física más común del dolor es el **dolor nocioceptivo** que se produce por la estimulación de los nociceptores, es decir, los receptores del dolor, que generan un *mensaje doloroso* que se transmite a los centros supraespinales y es percibido como una sensación dolorosa.

Por su parte el **dolor neuropático** se genera por una lesión directa sobre el sistema nervioso que se manifiesta ante estímulos mínimos. Desde la localización del dolor puede hablarse de **dolor somático** (hueso, piel, partes blandas, etc.) y **dolor visceral** (que se activa por infiltración, compresión, distensión, tracción o isquemia de vísceras pélvicas, abdominales o torácicas).El dolor físico puede ser producido por torturas inhumanas, flagelación o lapidación.

En este ámbito la Corte Suprema de Justicia ha estimado la concurrencia de gran crueldad al valorar la conducta de miembros del Ejército que: «*Para dar muerte previamente torturaron a las víctimas con fuertes golpes de puños, puntapiés, culatazos de fusil e incluso fueron sometidos a la técnica de sumersión con la finalidad de lograr que estos confesaran ser miembros de algún grupo subversivo*»[384]. Asimismo, un dictamen de la fiscalía suprema ha entendido que las pruebas: «*Permiten establecer que los sujetos activos produjeron la muerte de los agraviados acrecentándoles deliberadamente su sufrimiento personal, al causarles, con las lesiones producidas durante el interrogatorio preliminar a su muerte e incineración, un dolor físico innecesario*»[385]. También la jurisprudencia superior ha analizado y valorado la comisión de asesinato con gran crueldad[386].

BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 400; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 50; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56. Sin embargo, solo acepta el padecimiento físico: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77.

[384] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. 49-1999, de fecha 26 de marzo de 1999.

[385] Vide el dictamen Nº 121-98-MP-FN-2da.ESP de la Fiscalía Suprema en lo penal de fecha 19 de enero de 1998.

[386] «*Que se produjo entre ambos una acalorada discusión llegando a la vía de los hechos, siendo la agraviada golpeada salvajemente por los dos acusados que propinándole golpes de pies y manos, le pro-*

La jurisprudencia suprema ha destacado la presencia de la gran crueldad al juzgar que un grupo de pobladores encabezados por un dirigente comunal: «*Obligaron a deambular a la víctima por inmediaciones del lugar, quien recibió múltiples golpes* ***y fue enterrada hasta el cuello en un primer momento,*** *obligándola incluso a delatar a sus cómplices y el lugar donde habrían guardado la especie hurtada, para posteriormente conducirla hasta la vivienda de G.A.M.C. y, luego a su domicilio donde procedieron a incendiarla conjuntamente con sus pertenencias;* ***que esa turba impidió en todo momento el despliegue policial, al punto que el agraviado fue enterrado nuevamente –de cabeza–, lo que le ocasionó la muerte, como consecuencia de la obstrucción de las vías respiratorias por arena***»[387].

Por su parte, la manifestación del sufrimiento psíquico puede surgir cuando, por ejemplo, la víctima contempla con estupor la muerte de su hijo producido por el asesino[388] o cuando se emplea medios psíquicos que provocan la muerte en el sujeto a quien se le destroza previamente la resistencia de su sistema nervioso. También se citan los casos en los que previo al acto de matar se asusta a la víctima con disparos de fogueo, simulación de fusilamiento, se le obliga a beber su orina[389], o en general los casos de tortura psíquica[390].

---

dujeron las variadas fracturas y lesiones internas que se describen en el protocolo de autopsia ya citado, a pesar de la férrea y tenaz resistencia que ella opuso, logrando dominarla lógicamente ante la superioridad de fuerzas y de número, pues mientras la víctima era una pobre y desvalida mujer que en ese momento llevaba en sus entrañas un embarazo de seis meses, sus atacantes eran dos jóvenes robustos, de regular contextura y en la plenitud de sus facultades físicas pues ambos frisaban los diecinueve años de edad, llegando al extremo de ferocidad al arrojarla al precipicio que tiene una profundidad aproximada de setenta metros, presumiblemente con la intención de aparentar que había sufrido un desbarrancamiento causual», véase la Sentencia de la Sala penal de Huancayo de fecha 30 de septiembre de 1987 recaída en el Exp. Nº 1602-1986.

387 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1264-2005 del 8 de junio de 2005. Un caso similar se registra R. N Nº 1702-2005 del 20 de junio de 2005.

388 Acepta el padecimiento psíquico: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 70; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, T. I, p. 317.

389 Cfr. MÚÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit, p. 55.

390 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 247.

No es necesario que el sufrimiento psiquico vaya acompañado de dolor físico[391], basta solo que se restrinja a humillaciones o maltratos innecesarios. Incluso, es posible que el autor no quiera provocar dolor alguno o se bloquee intencionalmente el dolor somático y se genere un cuadro de sufrimiento psicológico, v. gr. se aplica anestesia local a la víctima, de tal forma que pueda contemplar su muerte mediante la ablación de sus órganos principales. Desde el punto de vista normativo y constitucional tal vez los casos más interesantes y emblemáticos de crueldad sean los de padecimiento o sufrimiento psicológico. No basta para considerar el asesinato con gran crueldad el hecho de escupir a la víctima o hacer que se desnude[392].

La Corte Suprema de Justicia ha establecido respecto a la crueldad que: «*El matar a la víctima con gran crueldad significa causarle, mediante la intensidad o duración de la acción, dolores físicos o psíquicos extraordinarios, que no son los propios de la acción homicida –incluso torturando o maltratando innecesariamente a la víctima y saboreando su sufrimiento–, demostrando con ello falta de sensibilidad, lo que constituye a final de cuentas el fundamento de esta agravante. La prueba actuada solo revela que se mató a la víctima con un instrumento punzocortante, no siendo determinante a efectos de dicha agravante la sola acreditación de varias heridas punzocortantes o cortantes inferidas al agraviado*»[393].

Con todo, es de resaltar la difícil obtención de la prueba cuando se mata por padecimiento psíquico en el homicidio por crueldad[394].

Asimismo, se debe admitir la posibilidad de omisión impropia[395] como cuando X deja a su víctima desangrarse hasta morir como modo

---

[391] De otra opinión: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 78.

[392] En contra: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

[393] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1488-2004, de fecha 9 de septiembre de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 233 y ss.

[394] Pese a la dificultad de la prueba ello no obsta para su existencia. El juez para establecer la calificación del asesinato por crueldad psíquica debe contemplar las circunstancias y los móviles del agente.

[395] En contra: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 71.

de provocar un especial sufrimiento al sujeto pasivo; o el caso más sencillo, pero no menos grave, de dejar morir a una persona de sed o de hambre[396], provocándole un padecimiento innecesario; o el dejar morir al secuestrado a raíz de las pésimas condiciones del lugar de encierro, el manifiesto deterioro de su salud[397], etc.

La crueldad como circunstancia del asesinato requiere de una exhaustiva comprobación de la producción de los males; de tal modo que el hecho de matar albergue tras sí la ejecución de ciertos actos que a la vista de la consumación del asesinato resultan superfluos e inútiles.

Sin embargo, no todo exceso objetivo en la producción del homicidio es apto para ser calificado como crueldad y merece dicho título. Así, por ejemplo, no es suficiente constatar una numerosa cantidad de heridas en la víctima para establecer de modo inmediato la crueldad[398] (v. gr. varias heridas punzocortantes)[399], como tampoco basta verificar una descarga completa de un arma de fuego en la fijación de esta circunstancia. Lo importante será detenerse en el examen de la intención del agente, escrutando si en realidad quiso provocar lo que en realidad produjo, esto es, la manifestación de males innecesarios[400].

---

396 Cfr. BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49.

397 Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 230.

398 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77, MÚÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 51.

La jurisprudencia peruana ha señalado en ese sentido que: «*En tanto que la prueba actuada solo revela que se mató a la víctima con un instrumento punzocortante, no siendo determinante a los efectos de dicha agravante la sola acreditación de varias heridas punzocortantes inferidas al agraviado*», la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 739-2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 18.

399 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1488-2004, del 9 de septiembre de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 234: «*Siendo el agente causante un objeto punzocortante, además, el cadáver presentó heridas cortantes en región frontoparietal y herida punzopenetrante en hemicara y región retro-auricular cervical, así como diversos hematomas y escoriaciones*».

400 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37.

El daño o dolor físico-psíquico que se verifica en el organismo de la víctima debe tener valor indiciario o referencial en la calificación del asesinato. A ello debe añadirse el propósito de hacer sufrir. No basta constatar el empleo de un medio o instrumento apto para matar provocando atroces dolores a la víctima dado que este medio puede ser elegido al azar por el agente o tal vez el autor no es consciente de las consecuencias de su utilización.

Por ejemplo, no toda muerte producida por el empleo de fuego o veneno ha de terminar en la calificación de asesinato por crueldad, puesto que se trata de medios que por su propia naturaleza ocasionan, a veces, padecimientos innecesarios en la víctima. De allí que se vuelva insustituible contemplar si el homicida cuando utilizó dichos medios lo hizo con la intención deliberada de causar sufrimiento o solo se detuvo en elegir el medio sin reparar en el padecimiento que ocasionaría[401]. Resuelta esta cuestión y solo cuando se quiera hacer sufrir innecesariamente debe de plantearse la existencia de la crueldad.

La determinación de la crueldad requiere una valoración global de las circunstancias y de la ponderación del caso concreto. Así, por ejemplo, la jurisprudencia comparada ha establecido la presencia del ensañamiento cuando se disparó dos veces en la pierna a una de las víctimas antes de disparar sobre la cabeza, producir heridas múltiples, contusas y punzocortantes no mortales e innecesarias; verter un líquido inflamable sobre el cuerpo de la víctima mientras huía en llamas después que el acusado le prendió fuego[402].

En la jurisprudencia nacional se ha considerado asesinato por crueldad el dar muerte a la víctima para lo cual previamente se la torturó con golpes de puños, puntapiés, culatazos de fusil e incluso fueron sometidos a la *técnica de sumersión* con la finalidad que confesaran ser miembros de un grupo subversivo[403].

---

401 Loc. cit.

402 Loc. cit.

403 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 49-1999, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal y Procesal penal*, cit., T. I, p. 422.

Uno de los problemas prácticos más relevantes en la jurisprudencia nacional y comparada es el caso de la **agresión reiterada** (se asesta varias puñaladas o se realizan varios disparos en diversas partes del cuerpo, etc.). En estos casos lo decisivo y relevante no es el número de golpes, disparos o puñaladas, sino si dichos ataques son innecesarios y suponen la continuación del acometimiento más allá de asegurar la ejecución del hecho[404], v. gr. doce puñaladas y golpes contra la víctima agonizante; treinta y nueve puñaladas y fractura de costillas[405], lesiones de carácter superficial y una sola herida penetrante ha sido de necesidad mortal, de tal modo que de la cantidad y naturaleza de las lesiones inferidas en el cuerpo de la víctima se colige la intención criminal[406].

La jurisprudencia peruana resolvió como un caso de asesinato por crueldad la muerte producida por la pareja de una mujer que la victimó luego de que esta pretendiera dar por concluida su relación luego de tener relaciones sexuales en un hostal, ante lo cual el autor le propinó cachetadas y diversas lesiones en el cuerpo con un cuchillo afectando: «*Los muslos temporales e intercostales, el cuero cabelludo, el brazo izquierdo, además de tres cortes en la cara, otro en la región toráxico de la región corporal derecha, otro en la región abdominal anterior izquierda y otros en la cara palmar, dedo anular y en forma diversos golpes en el cuello, acrecentando deliberadamente el dolor por espacio de media hora*»[407]. Se debe lamentar que la sentencia de la Corte Suprema no mencione si los hechos descritos se produjeron dentro de un ataque unilateral emprendido por el autor o fue producto de una agresión recíproca con la víctima, si las heridas se produjeron antes o después de la muerte, etc.

En otra sentencia se subsumió dentro de la gran crueldad: «*El haber torturado a la agraviada con fuertes golpes de puño y puntapiés en diferen-*

---

404 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios al Código Penal*, p. 141; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

405 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 71.

406 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 739-2004, del 16 de junio de 2004, en CASTILLO ALVA, José *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 91.

407 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3561-2002, del 7 de febrero de 2003, en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, pp. 207 y ss.

tes partes del cuerpo y a sabiendas de que se encontraba embarazada de él por tercera vez; estado de gestación que inevitablemente incrementó el grado de sufrimiento de la víctima, al sentir afectado al ser que llevaba en sus entrañas, por una acción consciente del agresor»[408].

Pese al problema procesal de la sentencia –en primera instancia se había condenado por alevosía y asume la condena por gran crueldad– deben realizarse algunas observaciones: i) no se explica de qué manera los golpes de puño y puntapiés causaron efectiva y realmente mayor dolor a la víctima, v. gr. no hay inferencia de la crueldad sobre la base de las heridas o hematomas presentes en el cuerpo de la víctima; ii) no siempre la producción de la muerte a una mujer embarazada supone de modo necesario que se incurra en la circunstancia de la gran crueldad. Sin duda reviste un hecho más reprochable que puede influir en la determinación judicial de la pena, pero no obliga a una subsunción automática en la agravante; iii) lo correcto de la sentencia deriva de que pondera y enlaza la presencia el sufrimiento –se entiende psicológico– con el estado de gestación en el que se encontraba la víctima al sentir que agrediéndosele a ella también se está afectando a su hijo, hecho que no podía ser desconocido por el autor al ser el padre de la criatura. En todo caso hubiera sido pertinente que la sentencia precise el tiempo de embarazo de la víctima.

De todo ello podemos distinguir entre el sufrimiento o el daño que puede sufrir el bebé –y que no integra el núcleo de la agravante– con el sufrimiento de la madre por el probable y seguro daño del niño que trae en su vientre.

La Corte Suprema también subsumió dentro de la circunstancia: «*La comisión del delito con gran crueldad que se ha acreditado, pues el acusado, al encontrar a su abuela durmiendo, la arrastró de los pies para cortarle el cuello con un cuchillo, no logrando su propósito, por lo que con un hacha le golpeó la cabeza, arrojándole además piedras porque no moría, hasta que la remató con una rajada de leña*»[409].

---

[408] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 739-2004 del 16 de junio de 2004, en CASTILLO ALVA, *jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 91.

[409] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 122-87 del 25 de mayo de 1987.

e. La perspectiva *ex ante*

La doctrina en la solución de este problema exige la apelación a una perspectiva *ex ante* o previa a la ejecución del hecho[410]: solo se admitirá la concurrencia de la crueldad si el agente en la perpetración del hecho se propuso utilizar un medio o instrumento determinado con el objetivo de provocar dolor y sufrimiento a la víctima del delito. Se descarta de la órbita de la crueldad cualquier criterio *ex post* que se base solo en el análisis posterior del acto homicida y en el que siempre es posible presumir, o encontrar de modo inobjetable, un sufrimiento en el sujeto pasivo.

En la determinación del punto de vista para provocar el sufrimiento puede plantearse dos perspectivas.

Un planteamiento abstracto considera tomar en cuenta un criterio radicalmente **subjetivo**, vinculado a la meta o al designio personal del agente. Lo trascendente no es qué hizo el autor, sino más bien qué quiso hacer y si el acto ejecutado respondió a su programa de acción. Pese a lo interesante de esta perspectiva se le objeta, por ejemplo, que bajo esta lógica el sádico nunca cometería un acto cruel ya que todos los actos que realiza son necesarios para la satisfacción de su instinto[411].

Otro punto de vista estima la conveniencia de utilizar criterios de base más objetiva e impersonal[412]. La crueldad se refleja en el hecho de causar mayor sufrimiento a la víctima que el provocado normalmente. En el acto cruel se supera el proceder inherente a la comisión común del hecho. No es necesario que se realicen más acciones, sino que las que se efectúan sean de tal magnitud e intensidad que terminan por aumentar el sufrimiento a la víctima. Si bien se reconoce que en todo

---

410 Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 582; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 164, cuando comenta el CP chileno; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 707, habla de la innecesariedad desde el plan del autor (punto de vista concreto) o la innecesariedad general (punto de vista abstracto).

411 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 54.

412 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 224.

homicidio hay una vulneración a la dignidad de la persona humana en el asesinato por crueldad dicha afectación se intensifica y agrava.

El sufrimiento inherente al homicidio no posee una entidad agravante específica; de ser así todos los homicidios pasarían a ser asesinatos por crueldad, ya que siempre sería posible imaginar una manera de morir menos dolorosa[413].

Por tanto, el propósito de hacer sufrir y el análisis de la innecesariedad del padecimiento debe volcarse no tanto sobre la obtención de los resultados buscados por el autor, sino ha de concentrarse en la acción misma, esto es, en los actos ejecutivos o consumativos del asesinato[414]. De allí que no sea necesario contemplar la utilidad de emplear la crueldad con el fin que pretende alcanzar el autor, ya que objetivamente puede no justificarse su aplicación. Así, es posible aceptar que desde el plano del autor sea conveniente aplicar la crueldad o el ensañamiento para que la víctima declare dónde esconde el botín. Sin embargo, lo importante es simplemente destacar la presencia de la crueldad en el momento de la ejecución del hecho, independientemente de si es o no la única manera o medio en la satisfacción del objetivo del agente.

En el develamiento de los hechos o circunstancias del crimen es conveniente apelar al conocimiento de los posibles motivos que impulsaron al agente a cometer tan brutal hecho. Para ello es necesario comprobar si se obró por venganza, odio o simple ira; sentimientos y datos subjetivos que marcan con un especial tinte al asesinato por crueldad.

f. El papel de la víctima

En la manifestación de la circunstancia no solo basta reparar en la ejecución cruel o brutal del hecho ni en el propósito deliberado de ha-

---

[413] Loc. cit.

[414] Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 582.

cer sufrir, sino se debe examinar detenidamente en la condición y circunstancias que rodean a la víctima[415]. No solo el criminal es el actor en el homicidio por crueldad. Un protagonista de excepción también es el sujeto pasivo. En efecto, es suficiente contemplar la exigencia del provocar sufrimiento físico o psíquico en la víctima para destacar su rol de primer orden. El sujeto pasivo debe estar sometido a padecimientos o torturas, por ejemplo, que prolonguen su agonía de manera que sufra innecesariamente.

En la ejecución del hecho la víctima debe atravesar por un dolor físico o espiritual intenso que convierta en un suplicio su muerte. De tal manera que ella no solo muere sino que muere sufriendo. Un sector de la doctrina comparada alude al hecho de que haya un doble resultado[416]: la muerte y un dolor o sufrimiento adicional de la propia víctima[417]. Sobre la base de aplicación de las reglas de la imputación objetiva se alude también al hecho del **incremento o aumento esencial del dolor o sufrimiento del ofendido**. La valoración jurídica de dicho incremento esencial del sufrimiento depende de las representaciones culturales que deben ser evaluadas con rigor y escrupulosidad[418].

Algunos, requieren que el sujeto pasivo se halle consciente[419], otros reclaman simplemente que la víctima ya no esté en condiciones de defenderse[420]. Creemos que se debe exigir que la víctima padezca innecesariamente y mantenga un determinado estado de conciencia, de otro modo falta su capacidad para experimentar el do-

---

[415] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[416] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 112.

[417] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222.

[418] Ibídem, p. 224.

[419] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 70; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77.

[420] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 34.

lor[421]. No es necesario una situación absoluta de lucidez, que la persona conserve todos sus sentidos o que mantenga sus facultades mentales inalteradas.

También la víctima semiinconsciente o estando en la posibilidad de defenderse puede que sufra de manera innecesaria[422], v. gr. porque se encuentre ebria, narcotizada o sometida a tratamiento médico. Tampoco es decisivo que la persona grite, clame, pida auxilio o solicite misericordia. No hay crueldad si la víctima se encontraba totalmente inconsciente[423].

La agravante en mención exige que en su examen se tome en cuenta tanto una variable que pertenece al delincuente como un elemento vinculado a la víctima. El juez debe comprobar primero si la víctima sufrió o padeció innecesariamente para luego averiguar si el agente se propuso de manera intencional provocar dicho padecimiento.

g. ¿En qué momento debe computarse el sufrimiento?

Un problema a resolver es el referido a si esta circunstancia ha de computarse solo en el momento consumativo del homicidio o puede aplicarse a los actos ejecutivos previos a la producción de la muerte[424]. Sin el propósito de acabar la discusión nada obsta para que la crueldad se aplique en los actos ejecutivos de la muerte, pese a que los actos crueles no lleguen a concretarse ni ha coincidir con el momento consumativo del homicidio. Si la circunstancia se reduje-

---

[421] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[422] El presupuesto del sufrimiento innecesario requiere que la persona sobre quien recae la acción homicida viva. De tal modo que se descarta los actos aparentemente crueles cuyo objeto de acción es un cadáver, como los actos de descuartizamiento, dirigidos a ocultar las huellas del delito y burlar la acción de la justicia.

[423] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49.

[424] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 38; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 41; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 34.

ra solo a la producción de padecimientos en el momento que sobreviene la muerte, tendría que excluirse la posibilidad de tentativa en el asesinato por crueldad, criterio que evidentemente incurriría en un grave error puesto que supondría exigir una crueldad instantánea o reducida a un acto y momento determinado; cuando en realidad quien mata con crueldad normalmente lo hace con cierta prolongación y extensión del procedimiento ejecutivo[425].

Con razón, se afirma que **los actos de gran crueldad deben ser previos a la producción de la muerte**[426]. Es posible que se dé en cualquier tramo del proceso ejecutivo criminal. Solo se exige que haya la concurrencia de un hecho externo y verificable: la producción de sufrimientos o dolores innecesarios. Incluso, un sector respetable de la doctrina comparada acepta la configuración de los actos de crueldad y/o ensañamiento antes de comenzar los actos ejecutivos de matar como cuando, por ejemplo, se le exige a la víctima cavar su propia tumba o a presenciar la muerte de otras personas (familiares) antes de ser asesinada[427].

Los actos posteriores a la producción de la muerte y que pueden reflejar cierta crueldad o ensañamiento no se incluyen en el sentido de la agravante, la cual requiere forzosamente que los actos demostrativos de crueldad recaigan sobre un hombre vivo[428]. El comportamiento sádico o los actos brutales realizados post mórtem no integran la noción de crueldad, tal como ocurre, por ejemplo, con el descuartizamiento

---

[425] Es necesario recordar que para algunos autores la crueldad se produce en el acto mientras que la alevosía en los actos preparatorios, vide COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 544.

[426] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 78; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios al Código Penal*, p. 139.

[427] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 226; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[428] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49.

del cadáver[429]. La jurisprudencia peruana ha entendido que cuando no se llega a comprobar por un medio probatorio idóneo que el seccionamiento de los miembros inferiores de la víctima ha sido pre o post mórtem y siendo la declaración del imputado que cortó las extremidades luego que la víctima se encontraba muerta, la circunstancia de crueldad deviene en inaplicable[430].

El asesinato con crueldad posee un desdoblamiento de la voluntad (SOLER) o una bipolaridad finalista (QUINTANO) que se orienta, por un lado, a la producción de la muerte (dolo de homicidio) y, por el otro, a provocar la muerte de un determinado modo, esto es, aumentando con deliberado propósito los dolores y el sufrimiento de la víctima. Magistralmente sostuvo CARRARA[431] que en esta clase de asesinatos concurren dos fines ideológicos distintos: el hacer morir y al hacer sufrir que corresponden tanto al derecho de no ser privado de la vida y el derecho a no ser sometido a dolores. Este criterio ha tenido eco en la doctrina nacional[432].

h. Crueldad y estados emotivos

En el estudio del asesinato por crueldad aparece la duda de si esta circunstancia puede o no ser compatible con los estados emotivos o pasionales que alteran o modifican la plena conciencia sobre el hecho. El problema no es de pacífica solución puesto que está rodeando de posiciones encontradas. Así para un sector de la doctrina la crueldad

---

[429] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

[430] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nª 2407-1993, en ROJJASI PELLA, Carmen, *ejecutorias supremas penales: 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 161.

[431] Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1247.

[432] Este pensamiento es recogido por: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 129.

ra solo a la producción de padecimientos en el momento que sobreviene la muerte, tendría que excluirse la posibilidad de tentativa en el asesinato por crueldad, criterio que evidentemente incurriría en un grave error puesto que supondría exigir una crueldad instantánea o reducida a un acto y momento determinado; cuando en realidad quien mata con crueldad normalmente lo hace con cierta prolongación y extensión del procedimiento ejecutivo[425].

Con razón, se afirma que **los actos de gran crueldad deben ser previos a la producción de la muerte**[426]. Es posible que se dé en cualquier tramo del proceso ejecutivo criminal. Solo se exige que haya la concurrencia de un hecho externo y verificable: la producción de sufrimientos o dolores innecesarios. Incluso, un sector respetable de la doctrina comparada acepta la configuración de los actos de crueldad y/o ensañamiento antes de comenzar los actos ejecutivos de matar como cuando, por ejemplo, se le exige a la víctima cavar su propia tumba o a presenciar la muerte de otras personas (familiares) antes de ser asesinada[427].

Los actos posteriores a la producción de la muerte y que pueden reflejar cierta crueldad o ensañamiento no se incluyen en el sentido de la agravante, la cual requiere forzosamente que los actos demostrativos de crueldad recaigan sobre un hombre vivo[428]. El comportamiento sádico o los actos brutales realizados post mórtem no integran la noción de crueldad, tal como ocurre, por ejemplo, con el descuartizamiento

---

[425] Es necesario recordar que para algunos autores la crueldad se produce en el acto mientras que la alevosía en los actos preparatorios, vide COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 544.

[426] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 78; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios al Código Penal*, p. 139.

[427] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 226; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[428] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49.

del cadáver[429]. La jurisprudencia peruana ha entendido que cuando no se llega a comprobar por un medio probatorio idóneo que el seccionamiento de los miembros inferiores de la víctima ha sido pre o post mórtem y siendo la declaración del imputado que cortó las extremidades luego que la víctima se encontraba muerta, la circunstancia de crueldad deviene en inaplicable[430].

El asesinato con crueldad posee un desdoblamiento de la voluntad (SOLER) o una bipolaridad finalista (QUINTANO) que se orienta, por un lado, a la producción de la muerte (dolo de homicidio) y, por el otro, a provocar la muerte de un determinado modo, esto es, aumentando con deliberado propósito los dolores y el sufrimiento de la víctima. Magistralmente sostuvo CARRARA[431] que en esta clase de asesinatos concurren dos fines ideológicos distintos: el hacer morir y al hacer sufrir que corresponden tanto al derecho de no ser privado de la vida y el derecho a no ser sometido a dolores. Este criterio ha tenido eco en la doctrina nacional[432].

h. Crueldad y estados emotivos

En el estudio del asesinato por crueldad aparece la duda de si esta circunstancia puede o no ser compatible con los estados emotivos o pasionales que alteran o modifican la plena conciencia sobre el hecho. El problema no es de pacífica solución puesto que está rodeando de posiciones encontradas. Así para un sector de la doctrina la crueldad

---

[429] Cfr. MÚÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 49; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 17.

[430] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2407-1993, en ROJJASI PELLA, Carmen, *ejecutorias supremas penales: 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 161.

[431] Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1247.

[432] Este pensamiento es recogido por: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 129.

es incompatible con cualquier estado o fenómeno emotivo del agente[433], ya que implica una cierta reflexión que es incompatible con la cólera, el ímpetu o el arrebato[434]. También se niega cuando se obra por odio o venganza[435].

No obstante, otro sector doctrinal no duda en admitir la posibilidad que un asesinato por crueldad sea cometido mediando alguna alteración afectiva[436] u emocional, mientras otros señalan la dificultad de concebir la crueldad o el ensañamiento en un *raptus* emotivo[437]. Vistas bien las cosas parece que hay poco que discutir, pero sí mucho que aclarar.

En principio, no debe descartarse la posibilidad de que la crueldad sea compatible con algún estado emotivo porque el texto legal ni lo descarta ni excluye, más aún si tenemos el principio que nadie puede endosar a la norma palabras o restricciones que ella no realiza. Incurrir en ese error es reemplazar al legislador por el criterio del intérprete. De sostener este criterio de exclusión llegaríamos a la ilogicidad de considerar que aquel que mata por motivos y fines morbosos, como el sádico, nunca puede ser acusado de asesinato por crueldad, toda vez que concurrirían en él innegables estados patológicos de naturaleza emotiva.

La crueldad no requiere una referencia psíquica especial como un **ánimo deliberado** que podría excluir estados afectivos morbosos. Por último, aun empleando la ley el término «deliberado», tal uso no implica la exclusión de un estado emotivo como la ira o el odio, toda vez que deliberar no significa premeditar, ni obrar con

---

433 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 71. Respecto al ensañamiento se pronuncia así: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 97.

434 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 227; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 71.

435 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 77.

436 Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 583.

437 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 34.

tranquilidad y frialdad de ánimo[438], sino simplemente examinar la conveniencia o no de una determinada conducta, independientemente de si su evaluación es o no producto de la ecuanimidad o de una situación afectiva o morbosa del agente.

Actuar deliberadamente no supone solo una actitud racional y sosegada, muestra de una inteligencia de laboratorio, sino más bien refleja una actitud humana corriente en donde se funden y entremezclan tanto cuestiones emocionales o volitivas como canales racionales.

La deliberación no es patrimonio exclusivo de una personalidad serena capaz de calcular y ordenar la conducta y sus consecuencias, sino también es característica de las personalidades emotivas que de modo inusitado, pero con la conciencia y la reflexión necesaria, son capaces de emprender una conducta de matar siendo crueles. Sin embargo, es de resaltar que en caso co exista la crueldad con un estado morboso afectivo lo correcto es alegar una atenuación en la pena ya sea por una alteración de la conciencia o, en general, por encontrarse en un caso de imputabilidad disminuida.

Por otro lado, una cosa es discutir la posibilidad de evaluar o no la compatibilidad de la crueldad con los estados emotivos y otra muy distinta es valorar si puede concurrir con otras eximentes incompletas como la anomalía psíquica o la alteración de la conciencia. Al respecto la doctrina se pronuncia favorablemente por su compatibilidad[439].

La jurisprudencia peruana ha tenido la oportunidad de resolver un caso en la que desde una perspectiva material, pese a que no se declaró expresamente, se reconoce la posibilidad de que la crueldad concurra con un fenómeno emotivo como **la ira y los celos**, en la que el autor mató a su víctima luego de que esta concluyera su relación sentimental después de mantener relaciones sexuales, relatándole sus antiguos romances y persistiendo en sus añoranzas[440].

---

[438] Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401.

[439] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 71; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 401.

[440] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3561-2002 del 7 de febrero de 2003: en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, cit., T. II, p. 208, la pericia psicológica al acusa-

i. El dolo

En nuestra legislación, la crueldad puede ser cometida tanto por dolo directo, ya sea de primer o segundo grado, como por dolo eventual, ello a diferencia de otras legislaciones en las cuales la referencia al elemento subjetivo del propósito *deliberado*, dentro de la definición de ensañamiento, excluye esta última clase de dolo[441]. Hay que poner de relieve también que en algunas codificaciones en donde no se define el ensañamiento o la crueldad, la doctrina acepta solo el dolo directo y excluye el eventual[442].

Empero, un sector calificado de la doctrina penal acepta el dolo eventual en la producción de la muerte, siempre que se exija el dolo directo en cuanto a la producción del sufrimiento[443]. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se tortura de tal manera a la víctima dentro de un determinado ritual y el autor se representa de modo concreto la posibilidad de que su muerte se produzca de manera inminente. Asimismo, se considera abarcado por la circunstancia el arrojar un **cóctel molotov** sobre una persona con la intención de producirle varias quemaduras y en la que se asume la concreta posibilidad de producción de la muerte[444].

Se debe rechazar la tesis de que la determinación del elemento subjetivo se basa en la consideración de la personalidad del autor, en criterios morales, en los antecedentes violentos del mismo o ciertas particularidades caractereológicas[445]. La imagen criminológica y dogmática del asesinato por crueldad no se corresponde con los ca-

---

do concluyó: «*si bien el procesado presenta una personalidad excesivamente sensible, bajo tolerancia a la frustración y dificultad para el control de sus impulsos, rasgos de ansiedad, ha quedado establecido que el citado procesado se muestra consciente y responsable de sus actos*».

441 Respecto al ensañamiento son de esa opinión DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 203.

442 FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 97.

443 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 228.

444 Loc. cit.

445 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 226.

sos de los asesinatos sádicos, psicóticos o afectados de alguna enfermedad mental[446].

Si es que el autor del hecho busca producir un sufrimiento adicional sin conseguirlo no cabe calificar el hecho de asesinato consumado, sino de una tentativa de asesinato[447].

Tampoco es necesaria la concurrencia de un ánimo especial[448] (frío, premeditado[449], reflexivo[450], etc.), de un elemento subjetivo especial como la satisfacción de un instinto asesino, la tendencia a provocar dolor o la presencia de un deleite morboso[451], por que de ser así se estaría aproximando al autor a que sea considerado como una personalidad lindante con la inimputabilidad[452].

El elemento subjetivo en la crueldad se infiere del contexto situacional y de las diversas circunstancias concurrentes en el caso concreto[453] utilizando una necesaria prueba de indicios.

j. Concurso con otras circunstancias y otros delitos

La gran crueldad puede entrar en concurso con otras circunstancias como, por ejemplo, la alevosía, la ferocidad o el facilitar u ocultar otro delito. Justamente la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado la concurrencia entre la crueldad y el ocultar otro delito al señalar que:

---

[446] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 55.

[447] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 222.

[448] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 70.

[449] La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en algunas ocasiones entiende que la crueldad solo es compatible con la premeditación al considerar que: «*La crueldad presupone premeditación en el agente para prolongar el sufrimiento de la víctima, esto es, la existencia de la idea de dar muerte, y de querer hacerlo de determinada manera*», vide: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº4612-1996-B de fecha 11 de noviembre de 1996.

[450] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 114.

[451] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 226.

[452] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 110.

[453] Vide: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 4406-1998, de fecha 22 enero de 1999.

«cuando los referidos acusados se percataron que al parecer el agraviado Humberto Flores Cruz había muerto, decidieron quitarle la vida a Emiterio Santos Calvay a fin de evitar que este los delatara, encargándose de dispararle los acusados Montero Larios y Vega Vásquez, lo que a la postre le produciría estallamiento cráneoencefálico con pérdida de hemisferio cerebral derecho causado con arma de fuego de alta velocidad, conforme fluye del protocolo de autopsia»[454].

Asimismo, el asesinato por gran crueldad puede concurrir de manera simultánea o posterior a la comisión de otros delitos como el de robo, lesiones o violación sexual. La Corte Suprema de Justicia ha señalado dicha posibilidad al resolver como concurso real la comisión del delito de violación a una persona y el acto de matar con crueldad *«al haberle inferido varios cortes, entre ellos el que le produjo un seccionamiento del paquete vásculo-nervioso izquierdo que originó un* shock *hipovolémico, tal como se describe en el protocolo de autopsia»*[455]. Incluso, en este caso se describe también la concurrencia de otra circunstancia: para ocultar otro delito.

6. Asesinato con alevosía

a. Antecedentes

Esta circunstancia, recogida en el inciso 3 del artículo 108° del Código Penal, tiene como antecedente directo el artículo 152° inciso 3. del Código Penal de 1924, precepto que establecía la agravante de la *perfidia*, a la que sustituye. La alevosía fue empleada por el Código Penal de 1863, el cual en su artículo 10°, inciso 2, la elevaba al rango de una agravante genérica de todo hecho punible, a la par que en el artículo 232°, inciso 2, se utilizaba la frase *«a traición o sobre seguro»*.

---

[454] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 49-1999, de fecha 26 de marzo de 1999.

[455] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 6407-1997, de fecha 31 de marzo de 1998.

Posteriormente, el anteproyecto de 1900-1902 también empleó la referencia a la alevosía[456]. La incorporación y penetración de la voz perfidia en la legislación anterior se debió, como en muchos otros casos, a la influencia ejercida por la legislación suiza, que hacía uso del vocablo francés ***perfidie*** en los sucesivos documentos prelegislativos y comisiones de juristas que se orientaron a dotar de una nueva codificación penal a esa nación[457].

b. La perfidia

La perfidia, tal como fue entendida por nuestra mejor doctrina, aludía al **quebrantamiento de la fe debida,** a la vez que reflejaba una situación de deslealtad e ingratitud del autor del delito para con el sujeto pasivo. Esta circunstancia aparecía como «*una traición que opera en el ámbito espiritual y en cuyo concepto se integran, en un lado, el quebrantamiento del deber de gratitud con la víctima y por el otro, el aprovechamiento de su inadvertencia moral al riesgo que se corre*»[458].

Asimismo, abarcaba la conducta de aquellos sujetos que con la idea de asegurar la perpetración del homicidio simulaban actitudes y comportamientos que generaban confianza en la víctima[459]. La perfidia tenía como nota distintiva el abuso consciente de la confianza de la víctima como su aprovechamiento doloso[460]. La circunstancia no llegaba a aplicarse si previamente no se verificaba una cierta relación amical o afectiva entre el autor y la víctima o si antes el asesino, mediante ardides y engaños, no lograba ganar la confianza del agraviado para luego aprovecharla, produciéndole la muerte. La perfidia coincidía así, sin mucho esfuerzo, con el **homicidio proditorio**[461] reflejado en el ocultamiento del ánimo de matar.

---

[456] A mayor extensión sobre la noticias históricas de la alevosía en nuestra legislación, vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio,* cit., p. 72.

[457] El principal documento que utilizó la Comisión Redactora del CP de 1924 fue el Anteproyecto del CP suizo de 1918.

[458] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial,* cit., T. I, p. 155.

[459] Loc. cit.

[460] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio,* cit., p. 70.

[461] Al respecto véase CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal,* Núm. 1161.

Sin embargo, pese a lo palmario de su esencia, la doctrina nacional no logró echar muchas luces en su esclarecimiento a la vez que nuestra jurisprudencia en ocasiones la confundía con la alevosía, como si fueran conceptos idénticos o semejantes[462]. Es más, algún autor nacional no alcanzaba a comprender la razón por la que nuestro legislador prefirió la especie perfidia en lugar del género alevosía, cuando dichos términos, si bien no son antónimos, tampoco indican y denotan la misma idea.

En realidad, la alevosía y la perfidia son voces castellanas de un significado distinto, aun cuando determinados supuestos fácticos puedan caer en la órbita de una y otra circunstancia. Es lamentable que se haya pretendido teñir a un vocablo peculiar de un valor semántico que no le corresponde y el cual era propio de otras legislaciones del Derecho comparado. La perfidia, al no encontrarse en una relación de subordinación de especie a género con la alevosía, goza de un significado propio e independiente.

No es correcto afirmar que la perfidia sea capaz de ser abrazada por la alevosía, ambos son términos próximos en significado, pero esencialmente distintos; de allí que se imponga una necesaria y urgente delimitación. Tal empeño no es faena fácil, dado que se encuentra plagado de confusiones y líneas divisorias borrosas.

c. Significado

La alevosía por sí sola no posee un significado unívoco o exclusivo, sino que se trata de una voz polisemántica. Unas veces expresa la idea de traición y cobardía; en otras traduce cierta semejanza con el homicidio proditorio (muerte con ocultamiento de la intención criminal) y con el homicidio insidioso (muerte con ocultamiento de la persona o los medios utilizados por el autor).

La polisemia de la alevosía produce que muchas legislaciones de nuestra órbita cultural, ante la incertidumbre conceptual del término,

---

462 Vide la ejecutoria suprema del 14 de septiembre de 1971.

formulen definiciones legislativas. Así, el Código Penal español de 1822 definía a la alevosía como el «*obrar a traición y sobre seguro*»[463].

Por su parte, el Código Penal español vigente de 1995 establece la presencia de la alevosía cuando el culpable «*comete cualquiera de los delitos contra la persona empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*» (artículo 22° inciso 1). El texto descrito reproduce el artículo 10°, inciso 1 del Código Penal español derogado. Sin duda, esta opción conceptual permite arribar a una mejor y más clara concepción interpretativa de la agravante tanto por la doctrina como por la judicatura, aclarando posibles sentidos dudosos.

d. Naturaleza

La doctrina comparada discute acerca de la naturaleza dogmática de la alevosía. Para algunos esta circunstancia es de naturaleza eminentemente **objetiva**[464], esto es, importa principalmente la efectiva situación de indefensión de la víctima sin que ejerza fuerza configuradora la voluntad y la conciencia del agente que, a lo sumo, como todo lo doloso, se dirigirá al conocimiento de los elementos objetivos del hecho.

Como consecuencia lógica de la asunción de este criterio tenemos que sería alevosa toda muerte ocasionada a un anciano, a un niño, a un invidente y, en general, a toda persona constitucionalmente desamparada. La voluntad de poner fuera de toda defensa a la víctima o el aprovechar el estado en que se encuentra, solo ocupa un valor secundario.

Otro sector doctrinal acuerda a la alevosía una pertenencia exclusivamente **subjetiva**[465]. Su fundamento residiría en la referencia legal de la voz «*tiendan*», en la que no interesa que los medios, modos y for-

---

[463] Esta definición es reproducida por el artículo 12º, inciso 1, del CP chileno.

[464] Cfr. LEVENE, *El homicidio*, cit., p. 230.

[465] Asumían este criterio los primeros comentarista del CP español, como son Pacheco, Groizard y Gómez de la Serna. En Argentina consúltese FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 93.

mas de ejecución sean efectivamente realizados, pues basta la intención de utilizar el estado de indefensión de la víctima y el obrar sin riesgo, independientemente de si estos datos anímicos concurren en la realidad.

Este criterio ancla la esencia de la alevosía en la mayor peligrosidad criminal del agente y en un estado anímico especial que busca sacar provecho de la peculiar situación de la víctima. En esa línea se sostiene que «*cuando el legislador utiliza una descripción objetiva es solo para plasmar un determinado* animus *que refleja una mayor reprobación, por cuanto supone la existencia de una actitud traicionera o cobarde*»[466].

Finalmente, el criterio doctrinal claramente mayoritario considera a la alevosía como una circunstancia de **naturaleza mixta** en la que concurren tanto elementos objetivos manifiestos en el obrar sin riesgo y en el estado de indefensión de la víctima, por un lado, y en la voluntad y conciencia de aprovechar las situaciones objetivas que se presenta, por el otro[467]. De acuerdo con esta posición la alevosía no solo puede ser vista como una circunstancia objetiva o como una agravante subjetiva, dado que ni uno ni otro criterio logran explicar satisfactoriamente su esencia; por lo que se impone establecer una consideración integral de la misma en la que aparezca como un comportamiento externo regido por la voluntad[468].

---

[466] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 668, cuando analizan la circunstancia del artículo 10º, inciso 1 del Código Penal español.

[467] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 66; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 396; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 203; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 63; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 43; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 441. También vide NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 37; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28. La jurisprudencia suprema peruana también ha reconocido la naturaleza mixta de la circunstancia, vide: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 999-2004 del 6 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 106.

[468] Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 549.

Se trata de una circunstancia que requiere una específica preparación o planificación del hecho, lo que supone una preordenación y elección deliberada de los medios o modos de ataque para asegurar la ejecución[469].

Por último, pese a todo, surge una posición que ve con muchas dudas y en sentido crítico el fundamento dogmático y criminológico de la alevosía[470]. La punición a quien mata con alevosía emergería como un simple «*castigo al listo y a aquel que nada más hace bien las cosas y las cosas malas (sic), deben hacerse bien o es que ¿se pretende que quien mata a otro lo haga poniendo en peligro a sí mismo y tomando medidas que permitan a la víctima defenderse y evitar el resultado?*»[471].

La alevosía como circunstancia de agravación carece de una suficiente fundamentación toda vez que no hay nada más lógico y humano que el tratar de asegurar la ejecución de los propios actos evitando los riesgos que puedan amenazarlos. Nada más natural, pues, que el delincuente intente también en la comisión del hecho punible, salvaguardarse del peligro representado por la posible defensa de la víctima[472].

Bien vistos los argumentos críticos en contra de la alevosía y a poco que se avance en su análisis puede percibirse fácilmente lo infundado de estos asertos. En primer término vale preguntar si la alevosía es un castigo al listo ¿qué es lo que pretende esta posición? Acaso dar premio a quien mata sin riesgo o brindar una especial causa de atenuación. Ni uno ni otro criterio nos parecen admisibles, dado que la sociedad humana y el hombre medio no contemplan con indiferencia a quien mata sin riesgo para su persona o aprovechándose de la condición del sujeto pasivo, ya que tales

---

[469] Por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, pp. 192 y 193.

[470] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 543; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 366; BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 1991, T. II, p. 404; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 733.

[471] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 543.

[472] Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 556.

hechos, lejos de ser irrelevantes, aparecen agitando los ánimos y alterando el común de las conciencias. Vemos, pues, que entre un homicidio simple y la muerte con alevosía existe en este último hecho un plus adicional. No solo se mata, sino que la muerte se causa sin peligro para el agente.

No estamos ante un homicidio a secas, sino de un homicidio calificado por el modo o forma de ejecución.

Por otro lado, a quien observa que no hay nada más lógico y humano que el tratar de ejecutar un acto sin riesgo para su persona ha de recordársele que el fundamento material de la alevosía no reside tanto en el autor del delito, sino en el peculiar estado de la víctima a quien se le anula o reduce ostensiblemente su capacidad de defensa y la posibilidad de rechazar el ataque. La esencia del castigo de la alevosía no estriba tanto en el aseguramiento de la ejecución o el resultado del delito, puesto que de ser así todo delito consumado sería alevoso, sino en la desprotección y estado de indefensión en el que se halla la víctima, la que ve reducida ostensiblemente su posibilidad de defensa.

e. Fundamento

Sobre el fundamento y naturaleza de la alevosía han aparecido diversos planteamientos.

Así, algunos autores consideran que la ejecución de un hecho con alevosía es revelador de una mayor culpabilidad[473] la cual, a su vez, posee su correspondencia en una elevación del juicio de reproche lanzado por el ordenamiento jurídico sobre el autor de la conducta. Dentro de esta perspectiva hay quienes sostienen que la alevosía se relaciona en su configuración legal con las circunstancias –presente en algunas legislaciones– de abuso de superioridad y de abuso de confianza[474].

---

[473] Cfr. DEL ROSAL, Juan, *Código Penal: con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1964, , p. 26.

[474] Vide BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 38: «La gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima *es producto de la confianza que la víctima depositó en el autor*».

A este criterio se le objeta el reducir drásticamente los casos de aplicación de la circunstancia dejando afuera supuestos emblemáticos y tradicionales como el matar luego de acechar a la víctima o el ataque sorpresivo, sin que ello implique un abuso de confianza o de superioridad[475].

Por su parte, otro sector doctrinal, luego de descartar su posible valor sintomático de perversidad o de peligrosidad, establece el fundamento de la alevosía en el mayor temor que el hecho despierta[476].

Finalmente, el criterio teórico ampliamente mayoritario considera a la alevosía como portadora de un **mayor injusto**[477], en especial de un mayor disvalor de la acción[478] expresado en el empleo de determinadas formas o modos de ejecución del hecho, al que se añade un particular disvalor de la actitud interna, aun cuando no es

---

[475] Ampliamente al respecto: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 190; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 66.

[476] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 39.

[477] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 70; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 397; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 38; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 26/10, p. 618; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 319; MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, Elena, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 911; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 402; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 811; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 443.

[478] Vide, por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 123, nota 25; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 402; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 70; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 39; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 365 y ss.; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 25; ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 7, 2005, http://criminet.ugr.es, consultada el 13 de diciembre de 2007, p. 13; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 811.

necesario que concurra[479]. No es indispensable que el hecho se cometa de forma clandestina[480].

Lo determinante es el aseguramiento de la ejecución que tiende a evitar los riesgos de la posible defensa de la víctima[481]. Se habla también de la mayor peligrosidad objetiva de los ataques a la vida[482] y de una circunstancia que toma en cuenta la **facilidad en su ejecución**[483]. En estos casos se incrementan las posibilidades de lesión al bien jurídico[484].

Esta circunstancia aparece como un caso típico de mayor disvaliosidad de la acción en la que el autor elige consumar el homicidio empleando determinados medios o formas comisivas. La alevosía se caracteriza, así, por acentuar el grado del injusto de la conducta. Su incidencia no es tanto a nivel del resultado, que siempre es la muerte, sino a nivel de la acción a quien vuelve más grave y disvaliosa[485].

La consideración de la alevosía como un elemento del injusto permite la extensión y aplicación de la circunstancia a los partícipes[486].

---

[479] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 98 y 104. De otra opinión: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 700, para quien la idea de la mayor peligrosidad de la acción es inherente a la alevosía.

[480] De otro criterio: ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 13.

[481] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 97.

[482] Por todos, FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 70; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 39.

[483] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 26/10, p. 618; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 6.

[484] Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Comentario al artículo 22.1*, en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 819.

[485] Sobre el disvalor de la acción puede verse: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 51; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 323; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 275.

[486] Cfr. MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 911; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 893. En contra: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403, al considerar que la alevosía es un *elemento estrictamente personal*.

Frente a las posturas que consideran a la alevosía como portadora de un mayor injusto o de una mayor culpabilidad, surgen un punto de vista intermedio que estima que el fundamento de la alevosía solo puede encontrarse si se repara en un mayor grado de injusto del hecho, derivada de la peligrosidad de la acción, y de una mayor culpabilidad en la medida que el autor dispone de condiciones más favorables para determinarse de acuerdo con la norma[487].

f. Requisitos

La jurisprudencia suprema define a la alevosía en el sentido que: «*La agresión debe realizarse de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agraviado, sin que exista riesgo para el atacante que pudiera proceder del comportamiento defensivo de la víctima*»[488].

Los requisitos de la alevosía son tres, los cuales merecen un estudio medianamente detenido con el objeto de captar su esencia y los problemas que cada uno encierra.

f.1. El empleo de medios o modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio

f.1.1. Generalidades

La necesidad de utilizar determinados medios o formas en la perpetración del homicidio alude a los elementos objetivos de la alevosía. El autor decide qué medios empleará y de qué manera consumará el homicidio. El procedimiento o los instrumentos que se utilizan no son obtenidos al azar o por albur, sino que son cuidadosamente escogidos por el autor.

Hay, entonces, una elección entre varias posibilidades, de tal manera que pudiéndose matar empleando cualquier medio o apelando indistin-

---

[487] Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 192; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 66.

[488] Vide las ejecutorias supremas recaídas en el R.N. Nº 258-2005, del 26 de abril del 2005, R.N. Nº 740-2002 del 13 de mayo de 2003, el R.N. Nº 3826-2004 del 21 de enero de 2005.

tamente a un modo ejecutivo, el autor del delito elige a uno en especial que lo asegura y permite obrar sin riesgo. El medio y el modo utilizados en la ejecución del hecho son los que brindan la objetividad al evento.

Sin embargo, no es indispensable que el empleo de aquellos instrumentos o modos sean los que forzosamente provoquen la muerte de la víctima, de tal suerte que la adecuación entre la elección del medio y el resultado alcanzado no deberá ser entendido en un sentido real y concreto, pues en tal caso solo serían alevosas las muertes que se producen en virtud del empleo de las formas o medios elegidos por el autor[489].

La alevosía solo puede cometerse con el empleo de medios materiales, excluyéndose los medios morales[490].

Por otro lado, la alevosía solo existe cuando se emplean y utilizan determinados medios o procedimientos que aseguran la ejecución. En el actual desarrollo de la ciencia penal no tiene que ver con la confianza, los deberes de lealtad, la fe debida[491], la amistad y si hubo o no traición a las relaciones personales[492].

f.1.2. Las posibles interpretaciones de los medios o modos de ejecución

La interpretación de los medios o modos de ejecución del hecho en la alevosía puede ser interpretada de tres formas.

En primer lugar, para una posición de carácter eminentemente subjetiva basta que el autor creyera adecuados los medios que utiliza

---

489 Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código penal*, cit., T. I, p. 545. Si bien el principio aludido tiene plena validez, su operatividad práctica no deja de ser excepcional, pues la regla es que quien elige los medios o formas para cometer el homicidio con alevosía logre consumar el hecho con empleo de dichos medios.

490 Cfr. SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo, "Comentario al artículo 22.1", en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], Madrid, Edersa, 1999, T. II, p. 873, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "Comentario al artículo 22.1", en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 804.

491 En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 52.

492 DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», en *Manuales de formación continuada*, Nº 3 [*Delitos contra las personas*], 1999, Madrid, p. 283.

para asegurar la ejecución y eliminar las posibilidades de defensa[493], pese a que en el caso concreto no concurra.

La segunda posición entiende los medios, modos y formas de ejecución muestran una tendencia objetiva al aseguramiento del hecho sin riesgo. No basta que el autor crea la concurrencia de medios o medios. Es necesario que los mismos concurran en el caso específico.

El tercer planteamiento exige junto a la finalidad o tendencia de asegurar la ejecución la idoneidad de los medios para alcanzar el objetivo propuesto[494]. No solo basta lo subjetivo. La concurrencia del elemento objetivo es determinante[495].

Con arreglo a este punto de vista, basta la utilización de los medios y formas concurrentes en la realidad tiendan a asegurar la consumación del hecho y que dichos medios o modos ejecutivos aparezcan en el caso concreto.

La alevosía supone no solo un procedimiento ejecutivo, sino un **procedimiento ejecutivo cualificado o de determinada intensidad**, en donde debe haber **medios de aseguramiento**, más que puros medios o modos de ejecución[496]. No todo acto ejecutivo supone la realización de actos de aseguramiento. En tal sentido, se puede asegurar sin ejecutar y ejecutar sin asegurar. Empero, en esta circunstancia se exige ejecutar con aseguramiento un determinado hecho.

---

[493] Vide GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 98.

[494] Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 396; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 39.

[495] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 195; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 121; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 66.

[496] Por todos, SEGRELLES DE ARENAZA, en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II; p. 861; DE LA MATA BARRANCO, en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal]. T. II; p. 802.

De esta forma, el empleo de los medios o modos alevosos deben darse y producirse durante la ejecución del hecho y, no tanto, en la preparación del delito como tampoco en el encubrimiento posterior. Ello no quita, sin embargo, que en la fase anterior a la ejecución del hecho se coloquen las condiciones para asegurar el éxito del delito y llegado el momento el autor aproveche dicha situación.

f.1.3. La necesidad de la perspectiva ex ante

La configuración de la alevosía respecto a la utilización de medios y modos tendientes a asegurar la ejecución del hecho se debe contemplar desde la perspectiva de un observador objetivo e imparcial[497] y no desde la óptica del autor.

Importa, pues, precisar *ex ante* a la ejecución del hecho si el uso de determinados medios será idóneo para asegurar el resultado del delito, es decir, la muerte de la víctima[498]. Solo en el caso que la respuesta sea afirmativa podrá plantearse seriamente la existencia de la alevosía.

f.1.4. La ejecución inicial alevosa que termina en un homicidio

La problemática descrita líneas arriba es decisiva para resolver una constelación de casos particularmente frecuentes como ocurre, por ejemplo, cuando en el inicio de la ejecución se emplean medios o modos de ejecución alevosos pero luego según avanza el *iter delictivo* se modifica el rumbo y se abandona el empleo de dichos medios, v. gr. se agrede a la víctima con un ataque inesperado con armas de fuego, pero ella resiste y se produce un enfrentamiento cuerpo a cuerpo y como consecuencia de esta última acción la víctima muere; o el caso resuelto por la jurisprudencia española en la que el autor dispara de manera alevosa dos tiros que no alcanzan a la víctima, advirtiéndola del ataque, para luego con la víctima ya prevenida disparar la tercera vez, matándola[499].

---

[497] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 63.

[498] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 195; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 893.

[499] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Estudios penales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 266.

En la medida que la alevosía solo concurre en el inicio de la acción y no a nivel de la consumación del hecho, solo puede hablarse de una tentativa de asesinato por alevosía[500], pues como señala GIMBERNAT ORDEIG puede hablarse que el autor ha intentado matar alevosamente, pero no que ha matado con alevosía[501]. Se está ante las hipótesis que comienzan como asesinato y terminan como homicidio[502]. La doctrina abona que este caso debe ser resuelto como **concurso ideal entre tentativa de asesinato y homicidio consumado**[503].

f.1.5. El problema de la alevosía sobrevenida

Sin embargo, la mayor problemática surge en las situaciones inversas: producción de la muerte que comienza como homicidio y acaba como asesinato; hecho que se conoce en la doctrina y la jurisprudencia comparada como casos de **alevosía sobrevenida**. Ejemplos: i) en una pelea uno de los contrincantes logra reducir completamente al otro y estando en el piso lo golpea con una piedra o con un cuchillo que aún no había utilizado, causándole la muerte[504]; ii) se golpea a una persona

---

[500] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 196; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26.

[501] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», cit., p. 267.

[502] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 196; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36; GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», cit., pp. 266 y ss.

[503] Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», cit., pp. 269 y ss.

[504] Un caso semejante, pero con ciertas diferencias se registra en la jurisprudencia peruana, en la que se describe: «Que el procesado desde la etapa de la indagatoria policial, investigación judicial y juicio oral, ha mantenido una declaración coherente y firme, señalando que el día de los hechos el agraviado lo buscó en su domicilio para reclamarle la pensión alimenticia de su menor hija que ante esta situación ambos se agredieron físicamente, venciendo el procesado al agraviado, *luego lo ató de las manos con una media y en ese estado lo dejó en el interior de su domicilio, paralelamente lo trasladó a un lugar escarpado, lejos de su domicilio, luego de ubicar un socavón lo introdujo aún con vida y desnudo, sin importarle el pedido de auxilio de la víctima*», en este caso la Corte Suprema añadió además que: «El delito se perfecciona en ausencia de riesgo para el ofensor ya que este ya había reducido a la indefensión al agraviado para aprovechando esta situación matarlo, así el sujeto activo al atar al damnificado buscaba anular los riesgos provenientes de la defensa que el ofendido hubiese opuesto y en virtud de esa indefensión matar al sujeto pasivo», vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1455-2003, del 11 de septiembre de 2003. También en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3422-2004, del 18 de enero de

hasta dejarla malherida e inconsciente[505], luego se le trasporta a un barranco y la arroja, conciente de que hasta ese momento no había muerto; iii) el disparar contra los agraviados y al ver que se encontraban con vida, al moverse de dolor en el suelo, nuevamente dispara contra ellos[506].

Un sector calificado de la doctrina comparada sostiene sobre la base de la exigencia de la preordenación o planificación como requisito de la alevosía que no estamos ante casos subsumibles en la circunstancia en la medida que los medios y formas alevosas no han concurrido desde el inicio desde la ejecución[507].

Pese a lo respetable de esta posición creemos que debe imponerse el parecer contrario, de tal manera que es posible constatar la aplicación de la alevosía siempre que el autor cree o se aproveche del estado de indefensión de la víctima, pese a que dichos medios o formas no estuvieron presentes desde el inicio de la ejecución[508].

2005 se ha señalado que: «Si bien este ha reconocido ser el autor de la muerte del agraviado ha tratado de atenuar su responsabilidad penal indicando que el primer disparo fue producto de un forcejeo entre ambos, que, sin embargo, dicha versión se encuentra desvirtuada con la pericia balística forense que concluye que el cadáver presentó dos heridas, ubicadas una en la región parieto-occipital y la otra en la región del glúteo izquierdo, con características de haberse disparado a corta distancia y con el protocolo de autopsia que concluye que la trayectoria de ambos disparos fue de atrás hacia delante, y *los peritos en la respectiva ratificación señalan que producto del primer disparo el occiso quedó imposibilitado de mantenerse en pie, que de ello se colige que el segundo disparo se produjo por detrás y cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión*».

505 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005, al señalar como hechos probados que: «*Se ha acreditado que el comportamiento del procesado el día de los hechos consistió en agredir a la agraviada y al sumirla en estado de inconsciencia, puesto que esta se desmayó producto de los golpes, tras lo cual aprovechando su estado de indefensión le amarró al cuello una soguilla levantándola y soltándola por el balcón de la vivienda en donde domiciliaban, le ocasionó la muerte*».

506 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2692-2003, del 14 de abril de 2004, que describe un caso de alevosía sobrevenida al precisar que los autores se escondieron «por las inmediaciones del lugar, ante el hecho que los hermanos Córdova Pro habían agredido a sus hermanos y su padre (...), empezó a disparar contra estos, *señalando que al ver que los agraviados aún se encontraban con vida moviéndose de dolor en el suelo nuevamente les disparó, efectuando disparos también contra el vehículo*».

507 Por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 198.

508 Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 72; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 894.

La norma penal no prohíbe que se inicie la ejecución con alevosía, sino que se mate con alevosía[509]. Así como es posible que el inicio de un asesinato con alevosía se convierta en un homicidio simple, también es aceptable que un suceso que comienza como homicidio se convierta en un asesinato alevoso consumado. Por otro lado, la tesis que se plantea es absolutamente compatible con la posibilidad de dolo eventual en la alevosía y con la posibilidad de considerar también como asesinato alevoso los casos de ataque inesperado y súbito. En efecto, considerar que solo puede estimarse dentro de alevosía los casos de asesinatos premeditados o planificados supone una restricción que no es funcional con el sentido de la agravante ni con su orientación político-criminal.

La jurisprudencia española y un sector de la doctrina considera la posibilidad de configurar la alevosía sobrevenida en los casos de cursos o series delictivas plurales, siempre que se emprenda una conducta posterior luego de haber cesado una acción no alevosa. El segundo ataque debe ser una nueva y distinta agresión de la que se inició anteriormente, v. gr. se remata a la víctima. Tras la interrupción de la acción inicial el ataque nuevamente se renueva, aprovechándose el estado de indefensión de la víctima[510]. Lo determinante aquí es reparar si concurrieron varias acciones.

f.2. La seguridad en la ejecución del homicidio y la ausencia de riesgo para el autor

f.2.1. Generalidades

La alevosía presenta un encadenamiento final entre todos sus elementos constitutivos. Fácilmente puede constatarse que el empleo de determinados medios o modos están ligados estrechamente al aseguramiento de la ejecución del homicidio con el objeto de impedir o aprovechar la escasa (o nula) posibilidad de defensa de la víctima.

---

[509] En contra: SEGRELLES DE ARENAZA, en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 857.

[510] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., pp. 16 y 17.

La utilización de los medios o de los modos se vincula a la ejecución del hecho y este, a su vez, logra facilitarse gracias a la incapacidad de defensa de la víctima, la cual permite obrar sin riesgo.

Los elementos constitutivos de la alevosía no se sobreponen unos a otros de manera indistinta; por el contrario, son susceptibles de ordenación según un criterio lógico y temporal, dependiendo del contexto en el que se los contemple. Así, desde el plano abstracto y desde la perspectiva del autor, lo primero que se representa es asegurar el hecho delictivo sin riesgo para su persona, para lo cual el autor elige los medios y modos que permitan alcanzar el fin que se propone[511]. Por otro lado, desde el plano concreto y real, el autor emplea medios y modos determinados a la vez que cuida que exista una ausencia de riesgos para luego asegurar la ejecución del homicidio.

f.2.2. La ausencia de riesgo para el autor

La esencia de la alevosía es el despliegue de actos ejecutivos con **ausencia de riesgo para el autor**. Esta situación es conocida también, de modo genérico, como **estado de indefensión de la víctima**[512], debido a que la falta de riesgo del autor deriva del estado de indefensión de la víctima.

La ausencia del riesgo es el elemento objetivo principal que funda esta agravante y le imprime su peculiar sentido jurídico, ya que se fundamenta en buscar una forma de evitar el peligro que supone la defensa del sujeto pasivo[513]. No basta que el autor emplee determinados medios o modos tendientes a asegurar la ejecución del hecho sino que es indispensable que ese obrar «*sea orientado básicamente por la indefensión de la víctima, de tal suerte que la falta de riesgo debe constituir el motivo decisivo de la acción, aun cuando no haya sido reflexionado con frialdad*»[514].

---

511 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 199.

512 Vide BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 48, quien sigue literalmente a Bacigalupo.

513 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319.

514 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 38.

La mayor sanción de la alevosía basada en la especial ejecución de un delito utilizando determinados medios y formas ejecutivas es común a cualquier comprensión humana. Es ridículo pensar en una menor sanción a quien busca asegurar el resultado de su delito, dado que sería como exigir una penalidad especial a todo aquel que busca y logra consumar su conducta criminal[515].

Aquellos que contemplan así la alevosía están simplemente equivocados. Estos datos son poco o nada si no se observa la esencia de la agravante que se expresa en el estado de indefensión de la víctima *durante toda, o en parte, la ejecución del delito*[516]. El fundamento real de la alevosía reside en la menor posibilidad de defensa de la víctima[517] y en la idea del aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos para el autor originado en la posible defensa de la víctima[518].

Cuando la doctrina penal en el estudio de la alevosía alude a la ausencia del riesgo para el autor del delito, pretende resaltar que esa falta de peligro debe surgir del estado de indefensión de la víctima. Se excluye de la alevosía todos aquellos supuestos en donde la falta de riesgo es derivada de otros factores que no sean propios a la indefensión del sujeto pasivo; como cuando *X* mata a *Y* con un revólver aprovechando que este solo tenía un cuchillo.

El actuar del agente criminal, que obra sin riesgo propio, ha de surgir de la escasa protección que tiene la víctima. Puede, entonces, hablarse en la alevosía de una suerte de «*disminución del riesgo*» en donde la falta de peligro para el autor deriva de la indefensión de la víctima, de tal modo que una vez que aumente de modo esencial la posibilidad de defensa o la capacidad de repeler el ataque en la situación concreta dejará de existir la alevosía.

---

[515] Este supuesto fundante de la alevosía es utilizado incorrectamente por algunos autores [véase nota 167] para emprender sus críticas contra la alevosía.

[516] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios al Código Penal*, p. 124

[517] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 39.

[518] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 122.

Sin embargo, la situación de ausencia de riesgo para el autor no es necesario que se plantee en términos generales o absolutos; dado que puede existir cierto peligro derivado de una **mínima posibilidad de defensa de la víctima**[519]. Lo importante aquí es destacar una «*disminución esencial de las posibilidades de la defensa más que una indefensión total de la víctima*»[520], que no puede ser entendido en términos exagerados. Renunciamos expresamente a la utilización de cualquier frase que aluda a una total situación de minusvalía de la víctima[521].

La jurisprudencia suprema señala en este sentido que la alevosía tendría un «*elemento objetivo, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agredido, lo que conlleva, como consecuencia inseparable, la inexistencia de riesgo para el atacante que pudiera proceder del comportamiento defensivo de la víctima*»[522]. Dicha afirmación debe entenderse también como referida a la disminución esencial de las posibilidades de defensa.

Un sector de la doctrina comparada exige en la configuración de la alevosía que **solo se asegure la ejecución del delito**, sin que sea necesario desde la perspectiva *ex ante* la eliminación de las posibilidades de defensa que solo tendrá relevancia desde una perspectiva *ex post*[523].

f.2.3. La problemática de la víctima advertida o que conoce la agresión

Un sector de la doctrina comparada considera que cuando la víctima sabe o es advertida por el propio agente de que se atentará contra

---

519 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67, para quien basta que las *posibilidades de defensa se reduzcan notablemente*. En contra: DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p..292.

520 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 71.

521 En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 52.

522 Vide las ejecutorias supremas recaídas en el R.N. Nº 736-2005, del 09 de Mayo de 2005, el R.N. Nº 3422-2004 del 18 de enero de 2005, el R.N. Nº 3256-2004 del 6 de diciembre de 2004.

523 Por todos, SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 871

su vida no hay alevosía, pues faltará el mencionado estado de indefensión[524]. La víctima no solo podrá estar atenta al ataque, sino que también lo podrá prevenir e, incluso, llegar a controlarlo. El supuesto más claro lo representa el caso en el que el autor amenaza a la víctima con matarla.

A pesar de la aparente logicidad de esta posición creemos que mientras la víctima no conozca de manera específica y concreta cuándo y cómo la persona (el autor) atentará contra su vida, no puede dejar de apreciarse la concurrencia de la circunstancia de la alevosía. En efecto, una cosa es que una persona sepa de manera genérica que se la quiere matar –situación que la puede llevar o no a dar crédito a la información y asumir o no alguna medida de seguridad– y otra muy distinta es que efectivamente la persona conozca las circunstancias de tiempo y lugar en las que se atentará contra su vida, hecho último que puede llevar a que la víctima asuma un cuidado especial de su vida, adoptando una medida de precaución.

Si se sabe del atentado contra la vida, pero se ignora por completo las circunstancias del mismo, más allá de la angustia y el temor que puede tener la persona, queda claro que de manera real y concreta se encuentra en un estado de indefensión. Recordemos que lo que se sanciona en la alevosía es el producir un ataque sorpresivo e inesperado, el cual necesariamente debe cometerse en un determinado contexto espacial o temporal; de tal manera que si este se ignora o se desconoce, es posible que pueda concurrir y aplicarse la circunstancia del asesinato.

La jurisprudencia suprema excluyó, incorrectamente, la aplicación de la alevosía en el supuesto en el que: «*La víctima se encontraba distraída y no se percató que el procesado se acercaba de modo abierto y claro, sin ocultarse, por lo que mal puede decirse que hubo una conducta traicionera*», de tal manera que no utilizó un procedimiento de agresión que originará la indefensión del agraviado[525].

---

524 Vide ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 5.

525 Vide la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. 880-2004, del 25 de mayo de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y preceden-*

Esta sentencia de la Corte Suprema merece algunas observaciones críticas: i) el estado de indefensión puede provenir, sin dificultad alguna, del hecho que la persona se encuentre distraída o desprevenida. También el estado de indefensión se provoca por desatenciones o por la simple negligencia de la víctima. La ley no repara en la causa o el origen de dicho estado de la víctima; ii) se impone un tratamiento inmerecido al autor del hecho cuando realiza su acción disvaliosa aprovechando que la víctima está desatenta o distraída; iii) la agresión para que sea alevosa no requiere que se realice de manera oculta, ni la traición es la única forma de alevosía. También los ataques abiertos en la medida que sean sorpresivos o inesperados pueden realizar la tipicidad de la agravante (*ut infra*); iv) la sentencia olvida –tal como se ha indicado– que constituye alevosía tanto el crear un estado de indefensión como el aprovecharse del mismo, v. gr. por estar distraído o desprevenido.

La sentencia glosada se diferencia de un precedente jurisprudencial expedido con posterioridad en donde se señaló que: «*Si se tiene en cuenta que el imputado utilizó un cuchillo, que momentos antes tuvo un incidente con el agraviado y que sorpresivamente lo atacó aprovechando que la víctima estaba bailando, es evidente que se está ante un supuesto de alevosía (se atacó al agraviado inusitadamente, con un arma blanca y con un rápido ataque al corazón que no le dio tiempo para reaccionar, defenderse y evitar la agresión)*»[526]. En esta sentencia queda claro que la víctima se encontraba también distraída y no logró observar al autor del ataque.

En este ámbito se debe recordar que también puede aplicarse la alevosía cuando la víctima posee guardaespaldas o adopta rigurosas medidas de seguridad en su protección personal, v. gr., porta armas, usa carro blindado, cuenta en su casa u oficina con cámaras de seguri-

---

te penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, p. 389. También la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1436-2004 del 31 de agosto de 2004 en donde se señala que: «*Ha quedado probado que el acusado no utilizó un procedimiento de agresión que originara la indefensión de la agraviada, sino que esta se produjo porque la víctima se encontraba distraída, y no se percató que el procesado se acercaba de modo abierto y claro*».

[526] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R. N. Nº 3640-2006 del 18 de enero de 2007.

dad, etc. La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen como un caso de alevosía el ataque que se produce a la vida de un monarca cuando se encontraban rodeado de su escolta[527].

Por otro lado, si la víctima conoce la agresión, en su tiempo y forma, pero decide no interponer ningún medio de defensa ni activa ni pasiva, pese a que puede hacerlo con toda facilidad no podrá aplicarse el asesinato por alevosía[528].

f.2.4. ¿Quién debe asegurar la ejecución del delito: el autor o cualquier otra persona?

Uno de los problemas más importantes en la alevosía es determinar si el aseguramiento de la ejecución debe únicamente ser creada por el autor o puede ser creado por terceros y aprovechado por el autor.

Un planteamiento dogmático solo admite la posibilidad de la alevosía en la medida que el aseguramiento de la ejecución sea realizada por el autor, ya que según se afirma solo así se configura un mayor injusto y un juicio de reproche más intenso. No es lo mismo que una persona encuentre las cosas hechas y se valga de ellas que las haga directa y personalmente.

El punto de vista mayoritario estima que no es necesario que el autor ejecute por sí mismo los elementos de la alevosía. Basta que se aprovechen o se utilicen medios, formas o modos de ejecución que pueden estar previamente organizados con el fin de asegurar la ejecución e impedir la reacción defensiva[529]. Por tanto, basta que el autor se aproveche de las circunstancias que le vienen dadas por otros. La doctrina señala que puede que sea otro quien proporcione los medios alevosos y el autor los utilice[530].

---

[527] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 377; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 26/13, p. 619; DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 297.

[528] Vide SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO, *Comentario al artículo* 22.1, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 883.

[529] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 98.

[530] Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 16; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 98; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la*

Con arreglo a este criterio serán abarcados por la alevosía tanto los casos de incapacidad o inadvertencia de la víctima **provocada** por el autor, como aquellos supuestos en los que el autor **aprovecha** la escasa defensa de la víctima[531]. Ejemplo de la provocación intencional de la indefensión es quien mata luego de ganar la confianza de la víctima o quien produce la muerte luego de sustraer con ardid a la víctima su único medio de defensa. Por otro lado, los supuestos en los que se aprovecha la indefensión son aquellos en los que la víctima duerme, se halla desprevenida o distraída[532], o en algunos casos en que la muerte se produce en virtud de un ataque por la espalda[533].

Es posible, por lo tanto, que sea un tercero quien proporcione los medios alevosos y el autor los utilice para cometer el homicidio[534]. Estos casos se conocen como «*alevosía de aprovechamiento*»[535]. Si hay distribución del trabajo y asignación específicas de tareas estaremos ante casos de coautoría; o por lo menos, complicidad primaria por quien logra dolosamente colocar en estado de indefensión[536], mientras que el otro responderá como autor del asesinato.

Si una persona provoca de manera culposa el estado de indefensión de la víctima, no será responsable ni como coautor o cómplice por

---

vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, cit., p. 70; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 35.

531 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 70; CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., T. II, p. 150; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 727, con cita jurisprudencial en la nota 22; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 16.

532 En contra: la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. 880-2004, del 25 de mayo de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 389.

533 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3152-2005, del 17 de noviembre de 2005.

534 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 98.

535 Vide SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 898, DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 814

536 Vide de manera paradigmática la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 299-2004, del 16 de Junio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia Penal*, cit., T. I, p. 106.

la muerte que otro cause. Dicha premisa es válida, incluso, en los casos de imprudencia consciente. Distinto es el caso de quien sabiendo que alguien quiere atentar contra la vida de la víctima, coloca a esta en estado de indefensión (v. gr. dándole un potente somnífero), sin que haya un acuerdo o un pedido previo del autor. Aquí habrá, por lo menos, complicidad en el delito de asesinato por alevosía.

El aprovechamiento del estado de indefensión debe ser la causa y el criterio decisivo para la comisión del delito. Si el sujeto no repara, ni toma en cuenta el aprovechamiento del estado de indefensión, sino que, por ejemplo, el autor de todas maneras hubiera emprendido el ataque, la alevosía debe descartarse.

Incluso, es posible apreciar la concurrencia de la circunstancia cuando se utiliza a la propia situación de la víctima o determinados condicionamientos apara producir la muerte. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se la coloca desnuda a una intensa e insoportable situación de frío, hecho que termina provocándole la muerte. Aquí estamos ante un caso indiscutible de autoría mediata de asesinato mediante alevosía[537].

f.2.5. ¿Quién puede repeler el ataque: la víctima o un tercero?

La doctrina discute si la posibilidad de repeler la agresión o de plantear una adecuada defensa ha de provenir necesariamente de la propia víctima o de terceros. A favor de que la defensa pueda provenir de terceros abona el hecho que el autor no obraría sin riesgo propio, y por lo tanto no existirá alevosía, en caso se ataque a la víctima con ánimo homicida si esta puede ser defendida por otros, aun cuando, por sí sola, se encuentre en una posible situación de indefensión[538].

En estos casos lo importante sería reparar en que, si bien el sujeto pasivo no está advertido del ataque, o se halla incapacitado, su defensa puede ser asumida por terceros, lo que tornaría peligrosa la interven-

---

[537] Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 16.

[538] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 37; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 28.

ción del autor[539]. De este modo queda diluido, o se vuelve ineficaz, el requisito de la ausencia de riesgo. Sin desconocer las ventajas y la satisfacción de la idea de justicia de esta posición, resta por observar que asumiendo este derrotero dogmático quedarían fuera de la alevosía los ataques dispensados contra una comitiva oficial en donde la agresión se dirige contra un funcionario, si es que finalmente el ataque es repelido por las personas encargadas de su protección.

Por otro lado, el segundo criterio propone exclusivamente la posibilidad de defensa derivada de la propia víctima; independientemente de si terceras personas puedan o no efectuar la defensa y repeler la agresión[540]. Con arreglo a esta posición poco interesa que la posibilidad de defensa pueda ser desplegada por un tercero, si el sujeto pasivo no está advertido o capacitado para ejercer la defensa por sí mismo. Según el pensamiento glosado, se destaca la especial vinculación entre el autor y la víctima, sin reparar en el concurso eventual de terceros que pueden ayudar en la defensa. Esta solución es la que nosotros admitimos.

f.2.6. El caso de las personas constitucionalmente indefensas o en desamparo

En el Derecho comparado se discute ampliamente acerca de la existencia o no de la alevosía en los casos de homicidio contra *niños*[541], *ancianos*[542], *minusválidos o, en general, contra personas constitucionalmente indefensas.* También se presenta en los casos de personas que se en-

---

539 Así: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 206, para los casos de las personas constitucionalmente incapaces de defenderse, SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 35.

540 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 26/13, p. 618; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 63; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 5.

541 Vide la ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº. 3173-94, del 3 de enero de 1995: «*El hecho de asfixiar a un indefenso niño, descuartizarlo posteriormente a su muerte, denotan gran peligrosidad, por lo que la pena debe graduarse de conformidad con las bases de la punibilidad, circunstancias del hecho, condiciones personales, papel de la víctima*».

542 Vide la ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº.3256-2004 del 6 de diciembre de 2004 en la que se describe el asesinato de una mujer de setenta años.

cuentran tendidas en el suelo o en la cama, sentada, desmayada, de rodillas, dormida, totalmente embriagada[543], etc.

Así, mientras la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo español[544] y un sector importante de la doctrina afiliada a la concepción objetiva de la alevosía[545] considera la presencia de la agravante en los supuestos de homicidio contra las personas corporalmente indefensas, otro sector doctrinal repara en este proceder criticándolo severamente, rechazando el eventual concurso de la alevosía[546]. Este criterio esgrime, entre otras razones, que el empleo de determinados medios tiene como objetivo evitar la defensa que puede efectuar el ofendido. No se toma en cuenta que un niño, como un anciano o un minusválido, no puede defenderse por sí mismos. Sin desconocer la validez que asiste a una y otra tesis es conveniente guardar distancia de cualquiera de las posiciones radicales.

La regla de la que se parte es que se debe negar la alevosía en los casos de homicidio de personas constitucionalmente indefensas o que se encuentran en condiciones de inferioridad[547], llegándose a sostener en las legislaciones que regulan expresamente la

---

[543] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 26/13, p. 618; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 379; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 15.

[544] Vide las sentencias españolas del 15 de noviembre de 1895, 21 de diciembre de 1984, 12 de mayo de 1982, 31 de mayo de 1982, 15 de febrero de 1988, 26 de mayo de 1988.

[545] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 264.

[546] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 68; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 738; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40; JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 397; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 16; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 304; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 893; DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 292; MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 432.

[547] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 100; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 35; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 397.

definición de alevosía que un parecer en contrario supone la **vulneración del principio de legalidad**[548]. No es admisible un concepto objetivo de alevosía[549] o que se basa en reproches éticos y morales[550]. En todo caso, dicha situación de desamparo o de indefensión podrá desplegar algún efecto dentro de la etapa de la determinación judicial de la pena[551], pero una cosa es la graduación del injusto y la culpabilidad en la fase de individualización y otra muy distinta es que se acepte como núcleo del injusto típico.

Sin embargo, creemos que es posible aceptar excepcionalmente la alevosía contra personas constitucionalmente indefensas, siempre y cuando **el autor disminuya aún más la ya natural incapacidad de defensa de la víctima**[552]. Este es el caso de quien entrega a un menor un caramelo envenenado[553], o quien lleva a un minusválido a un lugar no habitado para matarlo evitando cualquier posibilidad de auxilio, o aquella otra hipótesis, propuesta por CURY[554], en la que el autor, deseoso de heredar a cualquiera de sus tíos, escoge al que padece parálisis porque le es más fácil eliminarlo. También cuando se proporciona y aplica a la víctima un somnífero para que esta reduzca al mínimo sus defensas[555]. También puede citarse el caso

---

548 Vide FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35.

549 Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 3.

550 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, en *Comentarios al Código Penal* [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 817.

551 En la doctrina comparada hay quienes como: FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34, que consideran que la provocación de la muerte de personas desvalidas es una de las formas más graves de homicidio merecedora de una pena equivalente a la del asesinato, por lo que *de lege ferenda*, sería deseable su inclusión entre las modalidades típicas de este delito.

552 Aceptan esta tesis CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 120, nota 6; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 100; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 93.

553 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403.

554 CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., T. II, p. 151.

555 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 208.

resuelto por nuestra jurisprudencia del padrastro que mata a un niño de nueve años cuando se encontraba dormido y por lo tanto impedido de defenderse[556].

En caso concurra, como en los ejemplos propuestos, otras circunstancias del asesinato, v. gr. veneno o lucro; junto a la alevosía, esta agravante consume a aquellas[557].

Asimismo, las cosas se facilitan si se acepta la equiparación de la alevosía y la traición (*ut infra*) pues bastaría que el autor del homicidio haya buscado alternar con la víctima (un niño) ganando su confianza y luego la defraude, para contemplar la agravante.

f.3. La conciencia y la voluntad de utilizar medios y modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio sin riesgo para el autor

f.3.1. El dolo

El elemento subjetivo, a manera de tendencia interna[558], es indiscutible en la alevosía, la cual posee una naturaleza mixta compuesta por elementos objetivos y espirituales.

El aspecto subjetivo está formado por la conciencia de aprovechar la situación de indefensión y por la elección de los medios y formas de asegurar el homicidio. Como un caso de tendencia interna intensificada, la alevosía no puede prescindir de los elementos intelectuales necesarios en todo evento delictivo.

---

[556] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 440-2002 del 4 de marzo de 2003.

[557] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 101. Es de ver que en el Código Penal español derogado los homicidios a personas constitucionalmente indefensas que no ingresaban en el tenor de la alevosía eran derivadas a la agravante genérica del abuso de superioridad (artículo 10º, inciso 8).

[558] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 99; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67.

El autor debe tener el conocimiento de la idoneidad de los medios y modos empleados para asegurar la ejecución del hecho y excluir el riesgo de las posibles maniobras o actos defensivos que realice la víctima[559].

f.3.2. La importancia del elemento subjetivo

La agravante solo podrá apreciarse si el estado de indefensión de la víctima, preexistente a la ejecución del hecho, fue decisivo para la comisión del delito, esto es, si el autor eligió matar al sujeto pasivo basándose en ese estado de indefensión[560]. Quedarán, entonces, excluidos del ámbito de la alevosía los supuestos en que el autor ya se encontraba decidido a matar independientemente de la condición del sujeto pasivo.

La intención de utilizar los medios o modos en la ejecución del homicidio, con ausencia de riesgo para el autor, debe presidir tanto la decisión y ejecución del hecho[561]. Una mera resolución alevosa que se manifiesta únicamente en los actos preparatorios es insuficiente. Ella debe acompañar forzosamente la ejecución del hecho, aun cuando el resultado no se alcance por el empleo de dichos medios o modos ejecutivos.

La jurisprudencia peruana entiende que la alevosía tiene: «*Un elemento subjetivo, que no es sino el dolo, que consiste en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no solo el hecho de la muerte de una persona, sino también a la circunstancia de que este se ejecute a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido*»[562].

---

559 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 200; MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 911; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403.

560 Cfr. CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., T. II, p. 150.

561 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 99; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 38.

562 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 736-2005 del 9 de mayo de 2005.

f.3.3. La exclusión de otros fines que no sean el aseguramiento de la ejecución

La tendencia subjetiva que no tenga que ver con la finalidad de asegurar la ejecución, sino más bien con otros fines como, por ejemplo, acabar con el dolor del enfermo, proporcionar una muerte placentera, excluye la posibilidad de la alevosía[563].

f.3.4. Alevosía y premeditación

La doctrina penal comparada discutía si era jurídicamente admisible postular la unión de la alevosía con la premeditación[564]. Dicha interrogante despertó sendos pronunciamientos académicos. Hoy en día, sin embargo, quizás toda esa problemática no es más que un aderezo jurídico carente de actualidad, en la medida que queda claro que en la alevosía no es necesario el concurso de la premeditación[565]. Basta pensar en el hecho del que aprovecha la eventual imposibilidad de defensa de la víctima para plantear la alevosía.

Sin embargo, en la práctica dichas figuras generalmente coinciden[566]. En efecto, en la ejecución del homicidio con alevosía suele concurrir la deliberación acerca de los medios y modos comisivos como la ejecución fría del hecho[567]. Pese a todo, la agravante en comentario no

---

563 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 39; DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 292.

564 Vide los casos paradigmáticos fijados en la obra de SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 30 y 31, en donde la exposición se reduce a fijar los límites entre la premeditación y la alevosía.

565 La premeditación era definida como «*la ejecución de un delito en la que imperaba la reflexión y la maquinación*». En contra: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2440-2003, del 24 de noviembre de 2003.

566 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1504-05, del 17 de junio de 2005, en la que: «*Se concluye que la comisión del delito de homicidio calificado, que se le imputa al procesado, se encuentra plenamente acreditado por cuanto han concurrido las agravantes previstas en el artículo 108º del Código Penal, al haber realizado las etapas del* iter criminis *para la realización del hecho punible, esto es esperar a que llegue en estado de ebriedad, verlo en su cama y acercarse calculadamente y descargar con crueldad golpes en la cabeza del occiso utilizando un objeto contundente como la comba de fierro y agrega que pese a ello respiraba, por lo que optó por asfixiarlo con una almohada*».

567 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 258-2005 del 26 de abril de 2005.

requiere una preordenación ideal del hecho, sino un comportamiento contemporáneo con el acto.

Un criterio que vincula a alevosía con la planificación es sustentado por un sector calificado de la doctrina penal comparada que la interpretan como una circunstancia portadora de una específica preparación y preordenación del hecho, posición que permite sostener a sus partidarios una interpretación restrictiva de la alevosía[568].

f.3.5. ¿Es posible la concurrencia del dolo eventual?

La doctrina debate si la alevosía es compatible con la presencia del dolo eventual. Mientras que el parecer mayoritario lo niega de forma rotunda[569], un sector minoritario de la ciencia penal, al que nos adherimos, lo considera posible[570].

Para ello se propone como ejemplo emblemático el caso de aquel sujeto que para causar alarma en la población o producir daños patrimoniales, coloca un artefacto explosivo en un vehículo dentro de un centro comercial y avisa a la policía con cierta anticipación, pero que a todas luces es insuficiente para lograr encontrar y desactivar el artefacto que finalmente estalla y provoca la muerte de diversas personas[571]. También se cita el caso de quien envía un paquete bomba al domicilio de su víctima, que lo abre en presencia de su esposa y como consecuencia de ello fallecen ambos[572].

---

568 Por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 193.

569 Ampliamente: SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Roşal], T. II, p. 902 y 903, DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 815.

570 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 443; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 204. Otro sector de la doctrina penal considera la posibilidad de plantear dolo directo en la circunstancia y dolo eventual respecto al resultado: ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 6.

571 Por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 204.

572 Vide MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», cit., p. 444.

f.3.6. El problema del error

La alevosía también puede presentar problemas en cuanto al tipo subjetivo. Así, por ejemplo la doctrina discute cuál es el tratamiento que debe prodigarse a quien ataca a otro creyendo que se encuentra dormido, o en general indefenso, pero este se encontraba preparado para repeler el ataque, o mejor dicho, no se encontraba en estado de indefensión. Mientras un sector de la doctrina considera que en este caso concurre alevosía[573]; consideramos que si la víctima no estaba en estado de indefensión, estaba avisada del ataque o si los medios o modos de ejecución fracasaron por completo en la circunstancia concreta, no puede hablarse de alevosía.

Empero, distinto es el caso en el que la víctima se encontraba con sus defensas esencialmente disminuidas, pero no precisamente en la situación que el autor pensaba o tenía previsto. Por ejemplo, la víctima se encontraba viendo televisión y no dormida como el autor se imaginaba. Aquí lo decisivo es tomar en cuenta la representación concreta del autor de la situación de indefensión, y no tanto si el desarrollo del suceso obedece y es compatible a su plan inicial. En tal sentido, la alevosía es compatible a pesar que el ataque previsto sufra una variación y la concreta previsión del autor se altere, siempre que el estado de indefensión se mantenga.

No hay alevosía en los casos en los que la persona ataca a la víctima creyendo que ella se estaba defendiendo o espera por completo la agresión o el ataque en la situación concreta. Aquí el autor sencillamente no actúa premunido de la intención o del conocimiento de emplear medios o modos que aseguren la ejecución. El ataque es directo y no quiere aprovecharse del estado de indefensión debido a que dicha circunstancia no se encuentra en el núcleo o en el margen de su conciencia.

Por otro lado, si el autor no conoce que está utilizando un medio ejecutivo tendiente a asegurar la ejecución del hecho o conociéndolo

---

[573] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 5, nota 14.

no quiere aprovecharse de dicho medio o procedimiento, no deberá aplicarse la circunstancia de la alevosía[574].

g. Alevosía y grave alteración de la conciencia: los estados emotivos o pasionales

Una especie problemática de la alevosía representa el hecho de su compatibilidad o no con los estados emotivos y pasionales o con todas aquellas circunstancias que suscitan una disminución ostensible de la imputabilidad.

En tal sentido, tal como reconocen algunas sentencias del Tribunal Supremo español[575], se resalta la dificultad que un ebrio o quien se halla en un estado emotivo pueda matar con alevosía[576]. Sin embargo, debe realizarse un análisis pormenorizado acerca de si la embriaguez o la simple alteración de la conciencia determinan o no la exclusión de la elección y aprovechamiento de los medios o formas comisivas junto al requisito de la ausencia del riesgo.

El criterio mayoritario en la doctrina se pronuncia por aceptar la compatibilidad de la circunstancia con situaciones de alteración anímica o personal[577] (v. gr. alteración psíquica de origen patológico, psicopatía, por intoxicación alcohólica, drogas, etc.), aun en aquellos casos que se exige preparación y planificación del hecho, pues nada obsta que el autor que atraviesa por un estado emotivo pueda premeditar un hecho[578].

---

574 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Comentario al artículo 22.1*, en Comentarios al Código Penal [Director: Manuel Cobo del Rosal], T. II, p. 815

575 Vide las sentencias españolas apuntadas por COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 546, del 16 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1988 y 16 de octubre de 1985.

576 CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 221

577 Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 72; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 399; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 22.

578 Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 203.

Hay quienes, con cautela, reparan en la necesidad de que la alevosía presupone la elección de medios o formas de ataques cuya aplicación requiere de una cierta capacidad del sujeto para valorar las circunstancias del hecho y la adecuación de los medios elegidos[579]; de tal modo que la circunstancia debe excluirse cuando concurra la eximente de grave alteración de la conciencia[580].

En este contexto, también se admite la posibilidad de que concurre el llamado **dolo de ímpetu**[581].

h. Delimitación de la alevosía y otras figuras similares

La alevosía posee características que pueden coincidir con otras categorías similares. Por ello, se impone un estudio que busque separar la circunstancia de otras semejantes. La tarea posee importancia práctica.

h.1. Alevosía y perfidia

Mientras la alevosía es la elección de determinados medios o modos tendientes a asegurar la ejecución del homicidio sin riesgo para el autor, derivado de la escasa defensa de la víctima, la perfidia no es más que la producción de la muerte aprovechando la vinculación de la confianza preexistente entre los sujetos de la relación jurídico-penal; de tal suerte que se mata ya sea luego de ganar la confianza o aprovechando simplemente la relación existente. En la perfidia la agravación no reside tanto en la disminución esencial de las posibilidades de defensa de la víctima o en una eventual ausencia de riesgo, sino en una violación de la relación de confianza que se origina en una peculiar situación de vida.

---

[579] Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 399; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 68; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 22.

[580] Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 68.

[581] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 6.

La perfidia se vincula con la idea de traición y deslealtad, siendo definida como «*el aprovechamiento, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o un tercero han depositado en el hechor o que este ha granjeado con ese objeto*»[582]. Sin embargo, se destaca que no toda muerte producida con traición y perfidia coincide con una muerte alevosa. Ese es el caso de quien mata a su amigo en una disputa por el amor de una joven. Asimismo, la alevosía no tiene porqué concurrir con el carácter o ánimo cobarde del autor[583], aunque algún autor lo asimile[584] dado que la idea de cobardía no pertenece a la esencia de la circunstancia. La persona puede ser cobarde pero no matar con alevosía, o no serlo y matar con alevosía. Es posible que se trate de una persona pragmática que no quiere arriesgarse[585].

Tampoco es necesario que concurra un ánimo ruin, traicionero, perverso[586], hostil[587] o de cualquier otra índole. No es indispensable que haya odio[588]. El proceso de motivación del autor no interesa en la configuración del injusto. En todo caso tendrá relevancia en la determinación judicial de la pena.

h.2. Alevosía y obrar sobre seguro

Este último concepto se caracteriza por la preferente actuación del agente criminal de obrar sin peligro para su persona.

---

582 Cfr. CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., T. II, p. 149.

583 Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 377; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 70; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 201; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 98; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 66; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 403; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 12; DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 284.

584 Realiza esta equiparación JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984, p. 453.

585 Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 284.

586 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 201.

587 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67. En contra al exigir una voluntad hostil hacia la víctima: BACIGALUPO, «Los delitos de homicidio», cit., p. 39.

588 Empero vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 258-2005 del 26 de abril de 2005.

El actuar sobre seguro implica la referencia a criterios materiales entre los que se destaca la ejecución del homicidio con plena seguridad de su consumación. La alusión a esta forma comisiva implica el apelar a un arcaísmo jurídico que recuerda las raíces históricas de la alevosía.

Pese a todo, algún autor moderno utiliza esta membresía[589], como también la legislación minoritaria[590]. En la comparación de la alevosía con el obrar sobre seguro se contempla una mayor amplitud de aquella, lo cual denota la ejecución del homicidio con ausencia de riesgo para el autor, sin un énfasis en la elección o utilización de los medios o modos comisivos.

El acecho, noción comprendida en el obrar sobre seguro, se distingue de la alevosía dado que el primero contempla la eficacia del golpe, mientras que en la segunda es esencial la falta de riesgo para el ofensor[591].

h.3. Alevosía y riña

La doctrina y la jurisprudencia extranjera discuten si pueden plantearse conjuntamente la alevosía y la riña. El Tribunal Supremo español[592] y nuestra Corte Suprema de Justicia[593] en la mayoría de sentencias sobre el tema descartan la aplicación de la circunstancia agravante al considerar que es previsible una eventual agresión en la riña.

Empero, la doctrina toma distancia de tan luctuosas generalizaciones, señalando la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de cada expediente y sus hechos, pudiendo prosperar la actualidad de la

---

589 Vide como caso paradigmático a CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 27.

590 Ese es el caso del C.P. chileno, que en su artículo 12º, inciso 1 define a la alevosía como el que comete un delito a «traición o sobre seguro».

591 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 32.

592 Vide las sentencias del 5 de marzo de 1921, 12 de febrero de 1959, 21 de mayo de 1986, 21 de diciembre de 1987.

593 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 740-2002 del 13 de mayo de 2003.

alevosía en la riña[594]. Para ello se requiere que los contendientes no esperen de manera traidora un ataque contra su vida o un atentado grave contra su integridad corporal[595].

Una persona no tiene por qué presumir o entender que en una riña necesariamente se va a atentar contra su vida; o que una determinada disputa está en condiciones de afectar sus bienes jurídicos más importantes. Se acepta, por ejemplo, la alevosía, cuando unas ofensas verbales pasan a convertirse en un ataque contra la vida de la persona.

Incluso, se sostiene que es posible que el autor haya provocado la riña para utilizar recién el medio alevoso que había preparado contra su víctima[596].

i. Los casos comunes de alevosía

La ley peruana, la española y la argentina, cuando regulan la alevosía no enumeran ni describen aquellas acciones que pueden ingresar a formar parte de la serie de modos y medios aludidos en la definición de la agravante.

El legislador ha delegado a la sabiduría del juez la delimitación y esclarecimiento de los casos de la alevosía. Las formas, modos y medios que marcan el centro de la gravedad de la alevosía deben ser extraídos con extremada prudencia por la praxis judicial.

En la práctica judicial los supuestos más comunes de alevosía consisten las siguientes formas:

---

[594] Por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 379; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 101; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398.

[595] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 124; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 101; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 16.

[596] Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 72; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398.

i.1. Asesinato alevoso proditorio

Se caracteriza por la trampa, el acecho[597], la celada o la emboscada[598]. Aquí concurre una forma especialmente intensa, la preparación y/o planificación tendiente a asegurar el hecho y evitar el riesgo al autor. Para muchos autores constituye en supuesto emblemático de alevosía.

Asimismo, aquí se subsumen los casos en los que el autor se vale de la confianza o la relación que ha ganado previamente con la víctima.

No es necesario que el ataque sea cuerpo a cuerpo o que se golpee, por ejemplo, por la espalda. También es alevosa la agresión que consiste en colocar una bomba o cualquier artefacto explosivo[599].

La jurisprudencia comparada recoge los casos de asesinatos durante la realización de relaciones sexuales, el abrazar a la víctima, inmovilizándola hasta ahorcarla[600].

Por su parte, la jurisprudencia peruana también ha reconocido como alevosía la muerte producida por la espalda[601] o cuando se gana la confianza de la víctima y se urde un plan minucioso para matarla[602].

---

[597] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 4623-96 del 18 de noviembre de 1997 en donde se señala que los autores: «*procedieron a aguardar a la víctima en el lugar que usualmente transitaba, luego de sus labores de recojo de cochinilla, para atacarla por la espalda con un cuchillo e inferirle lesiones de tal magnitud, todas ellas conducentes a cegar la vida de la agraviada, de lo que se colige que el agente en todo momento ha empleado formas tendientes a conseguir el éxito de su acción delictiva y sin riesgo para su persona*».

[598] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 378; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 72; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 14; DEL ROSAL BLASCO, «La alevosía en el Código Penal de 1995», cit., p. 290. Vide la ejecutoria suprema recaída en R.N. Nº 4030-05 del 27 de abril de 2006.

[599] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 16.

[600] Vide SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 36.

[601] Vide las ejecutorias supremas recaídas en el R.N. Nº 4016-96 del 2 de julio de 1997, el R.N. Nº 3152-2005 del 17 de noviembre de 2005.

[602] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2332-2003 del 9 de octubre de

Sin embargo, se debe evitar el incurrir en el error de considerar que todo homicidio que se comete por la espalda es necesariamente un asesinato alevoso[603]. Hay actos de matar por la espalda que no constituyen alevosía. Por ejemplo, el caso de quien en una riña prolongada con su oponente lo derriba o mata por la espalda cuando este se paraba del suelo.

i.2. Asesinato alevoso por sorpresa o mediante ataque inesperado

Esta forma de alevosía consiste en utilizar una agresión sorpresiva e inesperada para dar muerte a una persona[604]. Normalmente la víctima no reacciona ni elude el golpe[605]. No es necesario que el autor se encuentre oculto[606]; el autor se aprovecha del estado de indefensión de la víctima para matarla, en circunstancias que ésta no espera ni preveé un ataque contra su vida.

2003 en donde se señala que: «*se puede apreciar que el acusado había preparado debidamente el enfrentamiento con el agraviado, habiéndose inclusive proveído de los elementos contundentes que podría utilizar ante la eventual reacción de la víctima, a quien haciéndole confiar a través de un acto de amabilidad le ofreció trasladarlo hasta su domicilio en el vehículo que conducía, habiendo a modo de refuerzo solicitado a su coacusado que lo acompañara, ubicándose este estratégicamente en la parte posterior del vehículo, detrás del agraviado y reaccionando en el momento oportuno conforme al plan macabro fríamente ejecutado, motivos por los cuales, la conducta de dichos sujetos si bien es cruel y brutal, no alcanza sin embargo a reunir los requisitos exigidos para ser considerado un homicidio 'con gran crueldad', más bien, sí llega a constituir una forma felona de matar, aprovechando el estado de indefensión, la condición de adulto mayor de la víctima y el lapso de sem inconsciencia o de agonía de la misma, lo que configura la comisión de un delito de homicidio con alevosía*».

[603] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 15, nota 54.

[604] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 398; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 72; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 26; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36. Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3640-2006 del 18 de enero de 2007.

[605] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 15.

[606] En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 52, la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 880-2004 del 25 de mayo de 2004 en: SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 389.

Para que la conducta configure alevosía debe existir un uso deliberado y consciente de la situación de desamparo del sujeto pasivo, que puede llegar a un ataque cara a cara[607]. No es necesario que el sujeto, como en la alevosía proditoria, se oculte físicamente[608]; basta en ocasiones que oculte sus intenciones criminales.

La alevosía por sorpresa no quiere decir que el ataque deba ser letal y eficaz; o que desde un principio la acción emprendida esté determinada hacia una conclusión exitosa. Puede ocurrir que el ataque se emprenda por sorpresa y dure un cierto lapso de tiempo, periodo justamente en el que se produce la muerte (*ut supra*). El ataque por sorpresa no quiere decir que haya muerte rápida, inmediata e instantánea.

Esta forma de alevosía normalmente es compatible con el ataque en el que no hay un tiempo de reflexión o planificación del hecho. Se trata de un acontecimiento repentino y súbito.

No es necesario que la alevosía por sorpresa se cometa dentro de un contexto conflictivo o que sea consecuencia de un rapto emotivo, pasional o de alteración de la conciencia[609]. No requiere que haya una turbación emocional.

La jurisprudencia peruana ha subsumido dentro de los alcances de la alevosía el provocar el estado de indefensión al llevar o conducir a la víctima a un lugar que imposibilitaba toda ayuda o reacción defensiva y en el que se atacó a la víctima y golpeó fuertemente la cabeza contra el pavimento hasta dejarla sin vida[610]; el ataque de varios individuos a la víctima y que se produce por sorpresa cuando se encontraba

---

[607] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 67.

[608] Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 15.

[609] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 205.

[610] Vide la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 3118-2005 del 7 de noviembre de 2005, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, pp. 373 y 377.

por ingresar a su casa, infiriéndole tres heridas[611]; el atacar a una persona aprovechando que se encontraba en estado de ebriedad[612], durmiendo como consecuencia de la ingesta de alcohol[613]; el agredir con un cuchillo a una persona que se encontraba bailando y con quien se había tenido diferencias con anterioridad y al que no le dio tiempo para reaccionar, defenderse y evitar la agresión[614].

En un caso por demás interesante la Corte Suprema condenó por alevosía a un teniente gobernador que había encabezado un ajusticiamiento y linchamiento popular en su condición de autoridad política de la comunidad «*haciéndose presente en el local del Juzgado Mixto, donde tenían conocimiento que el agraviado prestaba su declaración instructiva, lugar al que ingresaron violentamente, lo trasladaron a la fuerza hasta su domicilio, en el cual luego de propinarle golpes en todas partes del cuerpo le prendieron fuego, ocasionándole la muerte*»[615].

La jurisprudencia comparada destaca como casos de alevosía por sorpresa los casos de ataque cuando la víctima se encontraba en un portal a oscuras; administrar al sujeto pasivo arsénico en el café durante varios meses[616]; la víctima pasaba por un lugar donde el autor se encontraba escondido; el hecho que la víctima abrió la puerta de su casa y el acusado le clavó un cuchillo[617]; el disparar un arma de fuego a pocos metros con lo que se aseguró el resultado muerte[618].

---

611 Vide la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 3526-2005 del 19 de diciembre de 2005, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 382.

612 Vide, las ejecutorias supremas recaídas en el R.N.Nº 23-2004 de fecha 27 de septiembre de 2004, R.N. Nº 999-2004 del 6 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 106.

613 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 505-2004, del 2 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 136.

614 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R. N. Nº 3640-2006, del 18 de enero de 2007.

615 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3768-2004, del 4 de febrero de 2005.

616 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

617 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 36.

618 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

Un supuesto reconocido de manera casi indiscutible de alevosía es el caso del homicidio que se comete contra la persona que se encontraba dormida[619], en la medida que el sujeto ha podido aprovechar o buscar la circunstancia para asegurar la muerte sin riesgo[620]. El caso más claro e indiscutible es cuando la situación de sueño ha sido provocada por el autor al suministrar un narcótico o esperar que esta se duerma para matarla[621]; o cuando se aprovecha que la víctima duerme por causas naturales[622]. También se subsume aquí los casos en los que la víctima se encontraba descansando en su domicilio luego de haber ingerido licor[623]; o cuando se toca la puerta de la casa, haciéndose pasar por un pariente y le disparan en la cabeza[624].

La Corte Suprema en un fallo por demás reprochable no consideró como alevosía la muerte producida mientras «*la agraviada dormía en una de las habitaciones de su domicilio, hecho que fue aprovechado por sus atacantes para que sorpresivamente le cubrieran el rostro con una chalina, atándola de pies y manos, y con unas soguillas que habían colocado en su cuello, procedieron a ahorcarla, ocasionándole la muerte por asfixia por sofocación externa*»[625].

No es posible inferir la presencia de la alevosía del solo hecho, o de la premisa principal, de que el autor se encontraba premunido de un arma de fuego con la cual se hizo disparos al cuerpo de la víctima, pues el ataque mediante un arma de fuego no supone por regla que se busque asegurar la ejecución del hecho, haya ausencia de riesgo para el autor o que la víctima se encontraba desprevenida. Solo el análisis

---

619 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 505-2004, del 2 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, p. 136.

620 Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 68; ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 3.

621 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 397.

622 Cfr. ARIAS EIBE, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», cit., p. 3.

623 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 3138-2004, del 5 de mayo de 2005.

624 Vide la sentencia de la Sala de Reos en Cárcel de Chachapoyas recaída en el Exp. Nº 98-0104-010105JX0P-Amazonas del 18 de diciembre de 1998.

625 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 778-2003, del 11 de agosto de 2003.

particularizado y tomando en cuenta la totalidad del hecho puede llevar a afirmar o descartar la configuración de la circunstancia.

Asimismo, no puede inferirse la alevosía del hecho que la víctima se encuentre desarmada, no posea ninguna defensa inmediata o cercana, pues de ser así todos los ataques a las personas desarmadas supondría la comisión de la tentativa o consumación de un asesinato alevoso, pese a que el ataque no es sorpresivo. Hay que tomar en cuenta aquí el plan del autor y el contexto del hecho. De igual manera no hay que descartar la alevosía cuando la agresión se produce contra una persona armada, pero que por el carácter inesperado del ataque no puede defenderse.

Finalmente, el ataque de varias personas (aun cuando se haga con armas)[626] a la víctima tampoco puede llevar a razonar necesariamente, o fuera de toda duda, que se está ante un caso de alevosía, salvo que se demuestre de manera paradigmática y suficiente que justamente el ataque plural se debió a que se buscaba asegurar la ejecución del hecho y garantizar su éxito; y de esta manera eliminar todo riesgo para el autor proveniente de la defensa de la víctima.

Partir de criterios objetivos sin una base inferencial segura, fiable o que respalde el razonamiento no solo implica incurrir en una práctica versarista (prohibición de responsabilidad objetiva), sino que supone vulnerar el principio de presunción de inocencia.

7. Asesinato con fuego, explosión, veneno o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas

a. Antecedentes

La norma cuyo comentario iniciamos posee como antecedente próximo el artículo 152° inciso 3 del Código Penal de 1924, dispositivo

---

[626] Sin embargo, así la ejecutoria expedida por la Sala penal permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. 3526-2005, del 19 de diciembre de 2005, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 383.

que regulaba al «*fuego, explosión u otro medio...*» junto a las agravantes de la perfidia (hoy alevosía) crueldad y veneno, circunstancias que con la vigencia del Código Penal de 1991 fueron objeto de un tratamiento distinto y que se inscriben en el inciso 3 del artículo 108° del mismo código.

La redacción legal de 1924 se caracterizó por ser portadora de una defectuosa técnica legislativa, toda vez que hacía suponer a la perfidia, a la crueldad y al veneno como referidas a la causación de un peligro común tal como sucedía con el fuego y la explosión. Este criterio legislativo asimilaba bajo el eje del peligro común a circunstancias por naturaleza diferentes. El panorama legislativo en cuanto a su redacción fue claramente mejorado por el legislador de 1991. Otro cambio importante que se produjo es la modificación de la referencia a un *gran número* de personas por la simple alusión a otras personas[627].

Sin embargo, el legislador mediante el Decreto Legislativo N° 896 ha implementado un giro y modificación legislativa de notables repercusiones en el asesinato, como es la nueva incorporación de la circunstancia del veneno dentro de la agravante de peligro común, junto al fuego, explosión o cualquier medio capaz de poner en peligro la salud, tal como sucedía en el Código Penal anterior. El veneno, por lo pronto, ya no es más una circunstancia independiente que se encuentra en el mismo nivel que la alevosía o la crueldad, sino que su eficacia jurídica lo despliega solo cuando su utilización signifique un peligro común para terceras personas.

b. Fundamento

La ley peruana con la inclusión de la fórmula contenida en el inciso 4 del artículo 108° pretende sancionar con la severidad propia del asesinato a quien además de matar a una persona, pone en peligro la vida o la salud de otras personas.

---

[627] Sobre las noticias históricas de esta agravante, vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 78.

La base de la agravante no reside en matar con el empleo del fuego o explosión, sino en poner en riesgo la vida de terceras personas con la utilización de dichos medios. Quien mata sólo con fuego o explosión únicamente podrá ser responsable por homicidio simple o eventualmente podrá estar incurso en otras agravantes (*ut infra*). Sin embargo, cuando a estos elementos se añade un peligro común, el homicidio se convierte en un asesinato. La calificación, entonces, no opera a partir del empleo y utilización de un instrumento especial para matar, sino que nace de la situación de riesgo generado para perjudicar a otras personas en su vida o salud.

Sin la comprobación del peligro generado por el fuego o la explosión no puede plantearse el asesinato. En esta circunstancia agravante, a diferencia de las anteriores, el fundamento no reside en un especial fin o móvil, sino en la **generación de un peligro, perjudicial a otras personas**. Al autor no se lo castiga con la pena del asesinato solo por matar sino por crear un riesgo común, o lo que es lo mismo: un homicidio solo se convierte en asesinato si es que alguien, además de matar, genera un peligro contra la salud o la vida de otras personas[628].

Por tanto, el fundamento material del inciso 4 del artículo 108° estriba en el hecho de que el autor no solo mata sino que emplea medios capaces de causar peligro común poniendo en riesgo la salud o la vida de otras personas. El agente hace que los efectos lesivos o peligrosos de su acción se prolonguen a terceros. Aparece, aquí, el deplorable fenómeno de la expansión criminal a la vida y la salud de terceros[629].

Se trata de una circunstancia que incide directamente a nivel del injusto típico[630], dado que toma en cuenta el empleo de medios peligrosos. No afecta a la culpabilidad.

---

628 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 58.

629 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 44; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 812.

630 Cfr. SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 811.

Un problema especial de esta circunstancia reside en si el peligro inherente al empleo de los medios aludidos del fuego o la explosión, se traduce en un resultado material, provocando la muerte de terceras personas. Creemos que debe plantearse asesinato en concurso con el homicidio simple o de ser el caso con el asesinato con crueldad[631].

c. Requisitos

c.1. La muerte y el medio referenciado

El primer requisito de esta circunstancia es producir la muerte a través del empleo de un medio referenciado como el fuego, explosión u otro equivalente. Sin el concurso de este presupuesto no existe asesinato. El solo empleo de fuego o explosión y la consiguiente creación del peligro no convierten el homicidio en asesinato, ya que se requiere obligatoriamente un acto de matar.

Con la apelación a dicho medio únicamente podrá existir un delito de peligro común (artículo 273°) perteneciente a las infracciones contra la seguridad pública, pero nunca podrá estimarse la figura contenida en el artículo 108°. Si es que el fuego o la explosión genera una lesión o inminente riesgo para la vida de una persona, puede plantearse a lo sumo tentativa de asesinato.

Siempre se exige –como no puede ser de otra manera– una conexión ideológica o subjetiva entre el empleo del fuego o explosión y la producción de la muerte. No ingresan al asesinato las muertes producidas con el empleo de dichos medios si falta la intencionalidad del agente.

La utilización de los instrumentos aludidos debe enderezarse hacia la producción de la muerte, de tal modo que se puede verificar una vinculación final en la elección del medio y la posterior producción de la muerte[632]. Si bien es de notar que este requisito (la muerte) no apare-

---

[631] En este sentido: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 58.

[632] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 160.

ce dentro de la circunstancia agravante, se puede encontrar en el inicio de la descripción del asesinato.

c.2. La idoneidad de los medios

La utilización en el texto legal del término «*capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas*» alude a la necesaria aptitud e idoneidad existente entre el medio empleado y el peligro que se provoca[633]. Dicha idoneidad si bien depende muchas veces de la misma naturaleza y composición del medio, es cierto también que su eficacia está ligada a las circunstancias de tiempo y lugar en las que se emplea[634].

En efecto, no es lo mismo utilizar el fuego o la explosión en un despoblado o en un lugar público en horas de la madrugada que matar en un contexto donde se hace peligrar la vida o la salud de otras personas. La jurisprudencia de la Corte Suprema excluyó la configuración de la circunstancia al señalar que: «*No se evidencia la circunstancia agravante prevista en el inciso 4 del artículo 108° del Código Penal, puesto* ***que si bien se dio muerte a las víctimas prendiéndoles fuego en forma directa, en un lugar descampado, este accionar no puso en peligro la vida y la salud de otras personas diferentes a las víctimas, requisito indispensable para que se produzca esta acción agravante***»[635].

Por ello, matar por fuego o explosión con ausencia de peligro para terceras personas podrá constituir homicidio simple, pero nunca asesinato. Sin embargo, queda a salvo la posibilidad de calificar la conducta dentro de la circunstancia de crueldad, siempre que se le infiera a la víctima sufrimientos innecesarios, o de alevosía si es que se ha aprovechado el estado de indefensión de la víctima[636].

La operatividad de la agravante en estudio descansa sobre una doble base: a) la producción de la muerte utilizando medios referen-

---

633 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 58.

634 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 162.

635 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 6218-97, del 3 de abril de 1998.

636 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 49.

ciados como el fuego, explosión u otro instrumento, y b) que como consecuencia de ello se ponga en riesgo concreto la vida o salud de otras personas. No debe faltar la comprobación de la relación de causalidad entre el empleo del medio y la provocación del peligro.

Por otro lado, la referencia legal y la exigencia de la creación de peligro es un dato jurídico que remite a la idea propia de los delitos de peligro concreto colectivo[637]. Esta clase de delitos se caracteriza por la comprobación caso por caso de la producción del peligro[638] que a la vez debe entenderse como el estado desacostumbrado y anormal en el que, para un observador experto, puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño[639].

El juzgador debe estar ligado a una comprobación de una situación de peligro en el caso individual. No basta certificar que se ha matado por fuego, explosión u otro medio, sino es preciso comprobar si con el empleo de dichos medios de modo real se ha puesto en peligro a otras personas: en su vida o en su salud.

Como hemos dicho puede que se mate con fuego o una explosión y no por ello se puede haber creado un peligro inminente para bienes jurídicos de terceros. Este presupuesto requiere comprobarse en cada caso concreto sin que sea suficiente sostener una peligrosidad general de la acción.

c.3. El peligro concreto a la vida y la salud

La referida situación de peligro no está dirigida a la creación de un riesgo a cualquier bien jurídico. Por ello, no es asesinato el riesgo orientado a afectar bienes materiales, cosas o animales, tal como suce-

---

[637] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 162; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 49. En contra: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 79, quien considera que estamos frente a delitos de peligro común abstracto propios de los delitos de seguridad pública.

[638] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 359.

[639] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 358.

de en algunos casos del Derecho comparado[640]. La ley peruana solo edifica el asesinato cuando el peligro concreto se cierne sobre personas ya sea afectando su salud o su vida.

En la hipótesis, bastante común, de peligro para bienes patrimoniales de terceras personas no existirá asesinato. Con la asunción de este criterio el legislador patrio siguió el camino correcto, haciendo que el asesinato guardase íntima relación con el título que lo alberga.

En efecto, en la figura *sub examine* solo importa el peligro concreto común creado contra bienes jurídicos determinados como son la vida o la salud; no el riesgo dirigido contra otra clase de bienes jurídicos.

No es necesario que se cause determinadas lesiones a la(s) víctima(s) para que la agravante recién se aplique[641]. La ley solo exige el peligro, no el daño efectivo a la salud o a la vida.

d. Definición. El problema de la analogía *intra legem*

Cuando la ley alude al fuego, explosión u otro medio implica que la muerte debe causarse forzosamente por dichos instrumentos. Fuego es la fuente de calor producido por la combustión de ciertos cuerpos como el carbón, la paja, la leña, etc. Por su parte, la explosión es la conmoción acompañada de una detonación producida por el desarrollo repentino de una fuerza o la expansión súbita de un gas. El texto legal al aludir *«a otro medio»* semejante al fuego o la explosión da lugar a una cláusula legal de analogía. Con este proceder el legislador pretende remarcar que no solo el fuego y la explosión son los medios prohibidos sino también cualquier otro medio que además de matar genere efectos semejantes y que posea fuerza letal capaz de poner en peligro la vida o la salud de terceras personas.

---

[640] Ese es el caso del artículo 80º, inciso 2 del CP argentino que calificaba como asesinato todo acto de «matar por incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o de cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos». Vide SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 45; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 68.

[641] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 58.

Dichos medios solo deben cumplir con el requisito de producir la muerte y ser aptos para engendrar un peligro común. Ambos presupuestos deben ser debidamente comprobados en la calificación del asesinato, de tal manera que si uno de ellos deja de concurrir la figura típica desaparece. Si un medio causa la muerte, pero es otro instrumento el que provoca la situación de peligro no existirá asesinato. A idéntica conclusión se llegará si el medio generador del peligro común es distinto al que provoca la muerte.

Con arreglo a este criterio se pretende indicar que tanto la generación de la muerte como la producción del peligro deben ser provocados por un **mismo medio**. Dentro de la referencia a otros medios pueden ser abarcados el incendio, el descarrilamiento, la inundación, etc.

En realidad el texto de la ley no impone limitación alguna que no sea la derivada de la aptitud del medio para provocar un peligro común. Creemos que la interpretación analógica indicada por la ley no debe partir tanto de una similitud del medio con el fuego o la explosión, sino de la posibilidad y aptitud concreta de producir un riesgo a terceras personas. La semejanza no debe encontrarse en la comparación de los medios o instrumentos sino en orden a las consecuencias catastróficas generadas contra terceros y que ponen en riesgo su vida y su salud.

e. El dolo

El elemento subjetivo de la agravante está dada por el dolo en sus diversas especies tanto del dolo directo o el eventual[642]. En esta circunstancia se quiere matar eligiendo los medios de fuego o explosión para luego querer, o solo representarse de manera concreta, el peligro común dirigido a terceras personas. En la existencia de la figura no basta la voluntad de matar sino que es imprescindible la dirección del dolo hacia la creación de una situación de peligro común perjudicial a la vida o la salud de las terceras personas.

---

[642] En contra: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 104.

La importancia de este último presupuesto es tal que de no concurrir no podrá plantearse el asesinato quedando, eso sí, intacta la calificación de homicidio simple. Si el autor del delito no fue consciente que con su acción creaba un peligro a la vida y la salud de otros podrá ser beneficiado –por error de tipo– castigándosele por la infracción del artículo 106° (homicidio simple).

Para ello se deben revisar escrupulosamente las circunstancias de tiempo y de lugar que rodean el hecho con el objeto de comprobar si era admisible o no creer en la posibilidad del peligro, como también es necesario detenerse en el examen individual del autor del delito teniendo en cuenta sus calidades personales y funciones intelectuales como su experiencia o habilidad en el manejo de artefactos explosivos o la manipulación del fuego u otros medios análogos.

Un supuesto particular es el representado por la intención de matar a la víctima sin la respectiva conciencia del peligro contra terceros, que se crea con la confianza que el hecho no se produzca o realice. En esta última hipótesis, creemos, no podría plantearse la calificación por asesinato basado en la circunstancia aludida, por cuanto es visible que el autor, respecto al peligro causado, obró solo con culpa e imprudencia consciente (aun cuando esta sea grave), modalidad que no se encuentra prevista en el artículo 108° del Código Penal ya que en esta disposición sòlamente es acogida la ejecución dolosa de la conducta.

f. Perspectivas *de lege ferenda*

Finalmente, queda asumir una posición crítica sobre el inciso 4 del asesinato. En efecto, cualquier interpretación de la norma penal puede ver que el plus de agravación que convierte al homicidio en asesinato no reside tanto en el modo, móvil o fin de la ejecución de la acción, sino en el peligro que se causa a otros ya sea en su salud o vida.

El fundamento de la figura no reside tanto en el acto de matar como en el peligro producido a terceros. No se castiga con una sanción especial por matar sino por arriesgar o poner en peligro a otros. Sin

embargo, vale preguntarse en qué medida el fundamento del asesinato puede ir más allá o trascender a la propia acción homicida.

¿Es acaso válido que el legislador convierta un homicidio en asesinato por el solo hecho de poner en peligro la vida o la salud de terceros? ¿Acaso no se incurre en una incoherencia cuando se castiga y se repara más en la puesta en peligro de la vida o de la salud que en la producción de un resultado evidente como la muerte? ¿Acaso no es conveniente dejar la sanción de dicho riesgo a las reglas de la determinación judicial de la pena contenida en el artículo 46°; de tal manera que se siga considerando un homicidio simple al hecho de matar por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro a terceras personas? ¿No basta la regla del concurso de delitos?[643]. Creemos que sí.

8. Asesinato por veneno

a. Generalidades

La circunstancia del asesinato referida al veneno ha logrado mantenerse en los sucesivos proyectos y precedentes legislativos patrios con ligeros cambios, conservando su esencia[644]. El Código Penal de 1991 cuando entró en vigencia regulaba al veneno dentro del inciso 3 del artículo 108°, junto a la agravante de alevosía y crueldad. Dicha regulación tenía como antecedente próximo el inciso 3 del artículo 152° Código Penal de 1924, de cuyo texto difería notablemente dado que en la redacción anterior, el veneno era agrupado dentro de los medios que causan estragos (fuego y explosión), mientras que en la versión original del Código Penal era considerado junto con la alevosía y la crueldad.

El codificador penal en un principio excluyó al veneno de formar parte de la circunstancia de medios catastróficos, pues no se exigía el

---

643 Al respecto, SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», cit., p. 812.

644 Para una investigación histórica más profunda, vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 72.

riesgo a la vida o salud de las personas para que la circunstancia despliegue su eficacia, reservándole más bien un tratamiento independiente. Sin embargo, siete años después el legislador de turno mediante la expedición del Decreto Legislativo N° 896, del 24 de mayo de 1998, incorporó nuevamente al veneno dentro de la circunstancia de peligro común (inciso 4), tal como sucedía en la legislación penal de 1924.

Dicha decisión legislativa tiene hondas repercusiones no solo a nivel legislativo, sino que afecta la interpretación global de la circunstancia. Así, por ejemplo, el veneno no puede ser visto más como un medio insidioso o aleve de matar o como un medio que por su solo empleo da pie a la calificación de la agravante (*ut infra*), sino que la interpretación correcta residiría en contemplarlo como una sustancia que solo constituye asesinato siempre y cuando afecte la vida y salud de terceras personas (dos o más); de otra manera si se lo emplea para matar, sin las aludidas notas de peligro común, estaríamos frente a un homicidio simple o ante el asesinato por alevosía.

b. Perspectivas político-criminales

El veneno como nota agravante del asesinato posee una rica tradición histórica que se inicia en los albores de la civilización. Su empleo fue más acentuado en Roma y Grecia llegando a su cúspide en la edad moderna[645]. Más allá del valor criminológico[646] que puede encerrar la circunstancia se debe tomar en cuenta su progresivo descenso en cuanto a su uso por parte de la población y consecuente reemplazo por otros medios más aptos e idóneos para provocar la muerte; situación que redundan en una tendencia legislativa que se dirige a la descriminalización del veneno como circunstancia del asesinato[647].

---

[645] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 282.

[646] Algunos datos criminológicos acerca del asesinato por veneno refieren que este medio es utilizado mayormente por las mujeres en una progresión de 7 a 10 respecto a los varones, por cuanto ellas manejan y se encargan de los quehaceres domésticos y culinarios. Por otro lado, el suministro de sustancias venenosas acontece con mayor frecuencia en los sectores bajos y pobres de la población. Asimismo su presencia es mayor en las áreas rurales que en las urbanas.

[647] Ese es el caso del C.P. español de 1995 que abandona la regulación del veneno tanto como circunstancia del asesinato como circunstancia agravante genérica, a diferencia del C.P.

c. El veneno, ¿medio insidioso o medio autónomo?

El primer problema a desarrollar es determinar si el veneno requiere de una especial forma o modo insidioso de ejecución tal como exige la mayoría de autores peruanos[648], inspirados en la literatura penal argentina[649] y en su posterior modificación legislativa[650] o es tal vez, como expone un autor nacional aislado, un medio[651] de ejecución del homicidio elevado a la calidad de agravante, por su solo empleo, independiente de la forma insidiosa de su aplicación.

El primer criterio señala que la idea central del asesinato por veneno no es tanto la cualidad de la sustancia que se utiliza sino la forma insidiosa cómo se administra[652], de tal suerte que se repara más en el modo que en el medio y en el cual el veneno no es más que un pretexto para llegar a sancionar una forma de ejecución.

Ello supone que si el veneno es administrado en forma abierta o violenta, sin insidia, la agravante no prospera, ni traduce eficacia práctica alguna[653]. Las objeciones que surgen sobre esta posición son evidentes. Basta observar que si en el veneno importa más el modo de administrar la sustancia que el medio mismo no se alcanza a ver la diferencia entre esta agravante y la alevosía, circunstancias entre las cuales existirá una rela-

---

español derogado que en el artículo 10º, inciso 3 y el artículo 406º, inciso 3 regulaba la circunstancia del veneno.

[648] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 158; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 88, autor que considera al veneno como especie de la alevosía.

[649] Vide los autores de mayor influencia: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 42; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 44 y 55.

[650] La reforma argentina de 1967 producida a través del Decreto Ley Nº 17567 regula la referencia al veneno y otros procedimientos insidiosos de forma expresa acabando una disputa académica de larga data. A tal efecto vide FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 100; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 30 y ss.

[651] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 77, a quien sigue PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 99.

[652] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 158.

[653] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 42; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 159.

ción de especie a género[654]. El veneno se vería así abrazado por la alevosía, que será su matriz. A ello debe añadirse la sutil diferencia existente entre insidia y alevosía[655], que torna infructuoso cualquier desvelo dogmático. Es más, no se llegaría a comprender cómo el legislador establece una doble regulación cuando uno está incorporado en el otro. En razón a este pensamiento, la legislación española eliminó al veneno como circunstancia del asesinato dejando intacta a la alevosía como género que lo comprende.

Por su parte, el segundo criterio interpretativo considera que si el legislador histórico desdobló la regulación de la alevosía y el veneno en circunstancias diferentes, es porque no pretende incluir a este como especie de aquella, toda vez que de ser así sería imputable al codificador una incoherencia y a la ley una falta de sistema, y, como corresponde al intérprete hallar una correcta coherencia en el texto legal es de ver que si se regula a la alevosía y al veneno por separado es justamente porque se busca caracterizar a la circunstancia del veneno por sí misma, esto es, por su intrínseco valor de medio independientemente de la forma o modo como se lo suministre. De no ser así, se estaría extendiendo la esencia de la alevosía al veneno, cuestión ciertamente reprobable.

d. Definición

Si la circunstancia del veneno como nota agravante tiene una explicación y un fundamento por sí misma, esto es, por su especial calidad de sustancia y medio, implica que debe realizarse un estudio individualizado y particular, independientemente de la forma o modo cómo se administre; de tal forma que en su definición penetren características propias y no derivadas de la forma de ejecución.

Podemos definir al veneno como la sustancia animal (microbios o virus), mineral (morfina), líquida (ácido clorhídrico, nítrico o sulfuro),

---

654 Al respecto vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 67; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 49. Por su parte el mismo SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 43, reconoce el veneno como medio aleve.

655 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. I, p. 275, nota 45.

sólida (fósforo o arsénico) o gaseosa (gas, cloro, óxido de carbono) que una vez introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, rectal, vaginal, respiratoria, epidérmica o por ingestión, inyección o inhalación) produce la muerte cambiando la naturaleza del organismo por acción química[656].

No ingresan, por tanto, a la definición de veneno las sustancias capaces de obrar en forma insidiosa[657] o las que operan de manera mecánica (vidrio molido, plomo cortado) o térmica en el cuerpo[658]. Tampoco se puede incluir como veneno aquellas sustancias que son ineficaces de modo general y solo surten efectos en el caso particular[659], por cuanto la categoría de veneno no es una cuestión que se ha de determinar en cada caso de manera individual, sino en razón a patrones objetivos y científicos.

En efecto, no porque se administre a un niño de pocos días de nacido una bebida alcohólica (cerveza o vino) produciéndole la muerte podemos establecer que nos enfrentamos a un supuesto de envenenamiento. En la circunstancia *sub examine* conviene detenerse tanto en el examen de si concurre o no una sustancia venenosa, como si esta es idónea o no para provocar la muerte.

No basta comprobar si se utilizó un veneno, sino que es imprescindible constatar, si el veneno en su aplicación al organismo es apto para producir la muerte. Ambas tareas más que pertenecer al derecho son funciones inherentes a la medicina legal[660]. El ordenamiento jurídi-

---

656 Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 295, nota 73 y NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 45.

657 Como sucede con las definiciones de: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 44; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 159.

658 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 46; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 77. En contra: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 102.

659 En contra: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 31; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 31; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 67.

660 Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 295.

co penal solo fija los límites legales en los que la medicina legal y el médico forense han de desenvolver y desarrollar su labor.

e. Veneno y toxicología

La clasificación y lista de los venenos es muy amplia. Su número nunca puede ser considerado como sujeto a límite y a una cantidad fija. Si bien la lista de venenos es a veces establecida sobre la base de un criterio jurídico[661], lo cierto es que su determinación es competencia estricta de la ciencia toxicológica puesto que es la única disciplina científica capaz de pronunciarse con pleno valor sobre el tema[662]. El Derecho no puede usurpar dicha función, ni violentar la información proveída por una rama científica.

Asumir un pensamiento distinto implicaría otorgar al ordenamiento jurídico una hegemonía y jurisdicción que en realidad no posee. La tarea del Derecho penal se restringe solo a fijar, junto con la toxicología, la idoneidad y la aptitud del veneno en la provocación de la muerte, esto es la relación de causalidad.

El veneno en cuanto a su relevancia no requiere de una fijación estricta de su origen dado que ingresan a la definición la eventual inoculación en el organismo de virus, microbios o bacterias como es el caso de los bacilos del cólera[663]. Sin embargo, se debe aclarar que no toda sustancia dañina al cuerpo puede ser tenida como venenosa[664] aun cuando a dicha conclusión nos conduzca la lectura de la definición de la palabra veneno producida por el diccionario.

Solo apelando a este mecanismo interpretativo la circunstancia del veneno aparece librada de cierta confusión con la alevosía, aun cuando esta segunda posición, como la primera, no está libre de críticas.

---

661 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 70, quien señala la imposibilidad de considerar solo como veneno a la lista oficial de farmacopea.

662 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 288.

663 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 46.

664 En contra: ibídem, p. 43.

Si la interpretación correcta de la circunstancia lleva a contemplar al veneno de manera independiente a la alevosía[665], no hay reparos en aceptar su suministro de modo abierto e incluso violento[666], cuestión errada y contradictoria si se asume a la agravante no como portador de un significado propio, sino en razón de la forma insidiosa de su aplicación[667].

El veneno tiene un valor singular, per se, de tal manera que puede ser acusado de asesinato tanto el que mata suministrando una pócima de veneno en forma oculta como quien mata en una riña o pelea con un arma envenenada, particularidad que en el primer caso hace que nos hallemos frente a la alevosía y en la segunda hipótesis nos encontraremos con la circunstancia del veneno.

En la existencia de la agravante poco importa también si el veneno es aplicado en grandes o pequeñas dosis pues resulta irrelevante si se mata por una gran dosis o por una cantidad pequeña de la sustancia venenosa. El ingreso al organismo de una gran cantidad de veneno a lo sumo acarreará la aparición de la crueldad en el supuesto que exista dolor innecesario y sufrimiento grave en la víctima.

---

[665] La jurisprudencia suprema, aunque no de modo explícito y contundente, separa la aplicación de la circunstancia de alevosía y veneno al señalar que: «*En el caso de autos los coacusados actuaron coordinadamente para dar muerte al agraviado, habiéndose dirigido a su domicilio, donde se pusieron a beber licor sin que este último pudiera advertir que iba a ser víctima de una resolución criminal elaborada en su contra, siendo del caso que, en circunstancias que se retiró por un momento a su dormitorio, el encausado aprovechó para introducir una sustancia venenosa en su vaso de cerveza, el mismo que fue bebido por el agraviado, falleciendo en el lugar después de unos minutos. Se acredita el delito de homicidio calificado, con las circunstancias específicas de alevosía y veneno, toda vez que los agentes al actuar con la voluntad de matar, emplearon de una manera furtiva una sustancia nociva para la vida, produciendo así la muerte del agraviado de un modo seguro, sin darle la oportunidad de poder percibir el ataque ni de defenderse, siendo el factor sorpresa o el actuar a traición el elemento que da contenido real al injusto típico, agravando así el reproche jurídico penal*», vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 764-98 de fecha 14 de mayo de 1998.

[666] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 76. En la legislación comparada se pronuncian a favor de esta tesis: MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, T. IV, p. 297; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 100, quien cita a RODRÍGUEZ MUÑOZ.

[667] Véase CÓRDOBA RODA *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, cit., T. I, p. 571; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 284.

No se debe olvidar que el veneno no existe por sí, sino por la condición de haber actuado; no se revela sino en sus efectos (envenenamiento)[668], a la vez que la eficacia de las sustancias venenosas depende a veces de las circunstancias del empleo, aunque ello no obste ni merme la validez del criterio objetivo en la definición de veneno.

La jurisprudencia peruana ha reconocido en este ámbito la importancia de la pericia toxicologica[669].

f. Tentativa y consumación

Una problemática ciertamente importante a nivel de la circunstancia del veneno representa la discusión acerca de su tentativa y consumación. La delimitación de una y otra más que pertenecer a la esencia del asesinato o al estudio individualizado de los delitos, se vincula a las reglas contenidas en la Parte General (articulos 16° al 19°).

El estudio de la tentativa en sus diversas formas posee una trascendencia práctica innegable máxime si se comparan los cuadros estadísticos, desde los más rigurosos hasta los más incipientes, los cuales arrojan una mayor frecuencia de los asesinatos frustrados en razón de los avances superlativos de la **farmacopea**, disciplina cuyos logros más notables consisten en descubrir los antídotos adecuados capaces de neutralizar y volver inocuos la ingestión de sustancias venenosas.

Incurre en asesinato frustrado (tentativa acabada) aquel que hace ingerir un veneno a una persona, la cual es salvada gracias a la intervención oportuna de un tercero que logra suministrarle un antídoto eficaz. Aquí la penalidad a imponerse variará según la concepción del injusto que posea el aplicador de la norma penal. En efecto, si se acentúa el ilícito en el disvalor de la acción el injusto se habrá perfeccionado por la sola perpetración de la conducta del agente.

---

668 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 102.

669 Véase: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 5999-97 del 30 de enero de 1998.

Por su parte, si se repara en el disvalor del resultado podrá alegarse en este caso un menor grado en la esfera del ilícito que repercutirá en la imposición de la pena, por cuanto no se ha producido la muerte de la víctima. A pesar que la discusión doctrinal está abierta, parece que la legislación peruana [artículo 16°) ha tomado partido por este último criterio. Sin embargo, se debe remarcar que el título de la imputación penal será asesinato frustrado y no «***tentativa de homicidio o lesiones***»[670].

Asimismo, hay asesinato frustado cuando el veneno fue por sí mismo suficiente para causar la muerte y el efecto no sobrevino por vómitos o por un tratamiento adecuado[671]. Un supuesto, que antaño producía desvelos doctrinarios, era el resolver el caso del posterior arrepentimiento del agente que administraba el veneno, cuestión que se manifiesta en la oportuna acción de salvamento y aplicación del antídoto.

Mientras que para una prevaleciente jurisprudencia, especialmente española, existía claramente en estos casos un asesinato frustrado, un sector doctrinal, con acierto, encontraba aquí un caso paradigmático del desistimiento voluntario, el cual no se refería a la tentativa inacabada sino a la tentativa acabada[672].

Este caso de desistimiento puede operar tanto cuando el autor impide por sí mismo que el veneno despliegue su eficacia letal o cuando pide ayuda a terceros.

En el caso que el veneno fuese suministrado en dosis insignificantes o mínimas incapaces de producir un daño en el organismo, puede plantearse tentativa inidónea al creer el agente que existe un elemento del tipo objetivo: la relación de causalidad. La misma tesis de la tentativa inidónea se debe aplicar cuando se suministre sustancias completamente irrelevantes (azúcar o sal) y el agente crea en una posible calidad venenosa de las mismas.

---

670 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 286.

671 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 102.

672 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 286.

En otro contexto son actos preparatorios y no ejecutivos, y por tanto impunes, el comprar o adquirir el veneno de un tercero o de una botica, el guardar u ocultar el veneno con el objeto de utilizar la sustancia aprovechando un descuido de la víctima o el conducir al sujeto pasivo a la vivienda donde se le inoculará el veneno.

Sin embargo, es una cuestión conflictiva el determinar si el preparar o mezclar la pócima del veneno con la comida o la bebida de la víctima es un acto preparatorio o un acto ejecutivo[673]. A favor del primer criterio abonan razones como la ausencia de riesgo inmediato para el bien jurídico, cierta lejanía temporal entre la posible consumación y el acto de confundir el veneno con los alimentos y la eventual probabilidad que el delincuente no logre ni siquiera ejecutar su plan al ser descubierto. En apoyo del segundo criterio aparece la tesis de la inminente consumación del asesinato como la demostración de la mayor peligrosidad del autor.

Sin que la toma de postura por algún criterio implique desconocer el debate surgido alrededor de la temática expuesta y sin desmerecimiento del segundo punto de vista, sustentado por un autor respetabilísimo, creemos[674] conveniente plegar nuestro asentimiento al punto de vista que contempla la manifestación en este caso de actos preparatorios. Sin embargo, cuando la comida envenenada se ofrezca a la víctima es ya innegable la presencia de la tentativa.

---

673 La ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 455-2004, del 1 de junio de 2004, aborda esta problemática al señalar: «*Que con fecha quince de noviembre del año dos mil dos, siendo las ocho de la mañana aproximadamente en el domicilio de D. Pacco, el acusado se puso a discutir con su padre, así como con sus hermanos, respecto de la administración de la pequeña fábrica de helados y de la posesión de un ambiente o cuarto que existe en el cuarto de su progenitor que le fue negado, creando una situación de descontento y resentimiento con sus familiares, hecho que provocó en el acusado la decisión de matar a su padre, hermanos y demás agraviados, para lo cual aprovechando que se encontraban solos en la casa con la única compañía de su cuñada, quien preparaba alimentos para su familia, burlando el cuidado de esta, procedió a echar a la olla de almuerzo una cantidad de veneno denominado «Klerat» hecho del cual se dio cuenta su cuñada frustrando con ello el delito, versiones que han sido debidamente compulsados por el colegiado, arribando a la certeza que sirve como fundamento a la sentencia condenatoria recurrida*». En esta sentencia se condena al sujeto como autor de tentativa de parricidio.

674 Como incorrectamente sostenía: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 43.

g. El dolo

En cuanto al elemento subjetivo de la circunstancia en estudio es admisible el dolo en cualquiera de sus manifestaciones. Se descarta como es previsible cualquier referencia o inclusión de la culpa. El dolo implica tanto el conocimiento de matar utilizado el veneno como la idoneidad y aptitud de este para provocar el resultado (la muerte) que no es otra que la exigencia del conocimiento y dominio (supraconducción) de la relación de causalidad.

En la hipótesis del error en el objeto (*error in personam*) como cuando se da el veneno a *Y* creyendo que es *Z*, estamos frente a un supuesto de error irrelevante respecto a sus efectos jurídicos por lo que debe contemplarse como asesinato consumado.

h. Concurso

El veneno suele entrar en concurso con otras circunstancias del asesinato como la crueldad y la alevosía. A veces el autor del delito administra a la víctima un poderoso veneno con el objeto de provocarle una serie de dolores cruentos e inhumanos y de hacerla sufrir innecesariamente. El veneno aparece así como un medio idóneo tendiente a facilitar un peculiar modo de ejecución del delito. En tales casos vale sustentar una consunción del veneno por la crueldad, de tal manera que queda absorbida por esta.

En la inmensa mayoría de casos, la aplicación y uso del veneno no viene sino a servir como un medio cuyo empleo tiende a pasar desapercibido por la víctima con la consecuente falta de riesgo para el autor del delito. Su utilización en la mayoría de casos logra satisfacer todos los requisitos de la alevosía, esto es: garantiza la seguridad de la ejecución por el medio empleado, permite la ausencia de riesgo para el autor y, por el posterior elemento subjetivo, logra abarcar los dos presupuesto anteriores.

Veneno y alevosía se hallan hondamente emparentados dado que aquel es un medio que facilita la ejecución del delito de una determina-

da manera (alevosa). En estas hipótesis, si bien el veneno actúa como sustancia individual su eficacia jurídica queda absorbida por la alevosía, la cual desplaza al veneno[675] en su aplicación.

El veneno tiene una existencia jurídica contradictoria a nivel del asesinato. En efecto, si por un lado se lo considera como una especie de alevosía, es fácil[676] contemplar su escaso fundamento puesto que si es abarcado por ella, ¿qué explicación tiene la repetición de una fórmula cuando esta se encuentra contenida en otra del mismo texto legal?, ¿acaso es una buena técnica legislativa desdoblar términos cuando en realidad uno está abarcado por el otro? Sin duda la respuesta en ambos casos debe ser negativa de manera contundente.

Por otro lado, si se considera al veneno como circunstancia independiente de la alevosía, como sostenemos *de lege data* en el texto, queda por explicar si acaso el veneno tiene una cualidad especial o una condición peculiar que imprime una fundamentación suficiente a esta circunstancia del asesinato. Nosotros creemos que no. Basta ver que la única explicación para la conservación del veneno como elemento del asesinato es de providencia eminentemente histórica y no de otra índole.

El legislador de 1991 incurrió en un grave error al recoger una fórmula legislativa vieja. El veneno no tiene, en cuanto a medio, mayor relevancia que un cuchillo, un revólver o un alfiler, pues como dice Carrara matar por veneno «*empleando la fuerza es lo mismo que matar con el acero, el fuego, un bastón o una piedra*». Creemos que si debe elegirse un medio por su mayor frecuencia práctica y mayor peligrosidad en el asesinato, este no puede ser el veneno.

Todo ello nos lleva, como es previsible, a sostener la necesidad de eliminar el veneno del catálogo de circunstancias del asesinato[677], por cuanto no tiene ni explicación lógica, ni asidero político-criminal.

---

675 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. I, p. 291.

676 In extensor: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 744; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 73; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 172.

677 Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. IV, p. 297.

9. Asesinato por la especial vulnerabilidad social de la víctima (debido al cumplimiento de una función pública)

Artículo 108°, inciso 5:

«Si la víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones».

1. Regulación y antecedentes en el Derecho comparado

El 17 de agosto de 2006 el gobierno entrante expidió la Ley N° 28878 y en la que se introduce una nueva circunstancia en el asesinato referida al causar la muerte a un miembro de la Policía Nacional, las fuerzas armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones.

Al ya frondoso catalogo de circunstancias presentes en el artículo 108° se le añadió una más, reservándole un apartado especial que responde a su particular estructura, contenido típico y finalidad político-criminal.

Una norma semejante no es nueva en el derecho comparado. El Código Penal francés recoge una regulación semejante en el artículo 221° - 4 inciso 5 cuando se impone el castigo de reclusión perpetua si es que el homicidio es cometido: «*Contra un magistrado, un miembro de un Tribunal, un abogado, un agente público o contra cualquier persona que ejerce autoridad pública o encargada de un servicio público, en el ejercicio o con el motivo de sus funciones y de su cargo, cuando tal calidad de la víctima sea aparente o conocida por el autor*»[678].

La disposición peruana, como se ve, no registra innovación alguna, pese a que el legislador posiblemente haya desconocido dicho antecedente.

---

[678] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y ALARCÓN NAVÍO, Esperanza, *Código Penal francés*, Comares, Granada, 2000, p. 77.

La escasa doctrina peruana que ha comentado esta nueva circunstancia la ha denominado bajo el rótulo de «*si la víctima cumple una función especial*»[679]. Si bien no hay un problema dogmático serio en dicha denominación, la misma peca por exceso ya que resalta el cumplimiento de una función especial, pese a que la ley la restringe a un círculo determinado y muy preciso de funcionarios públicos, supedita su aplicación a que el crimen se cometa en cumplimiento de sus funciones y destaca el hecho que no es indispensable, que el funcionario público se encuentre desempeñando funciones especiales.

Se pasa por alto que lo que cualifica la muerte es el ejercicio o el cumplimiento de las funciones públicas por parte de un círculo cerrado de funcionarios públicos, y no el desarrollo de una función especial que en el caso concreto puede faltar o sencillamente no concurrir.

Por ello, postulamos la denominación de asesinato «*por la especial vulnerabilidad social de la víctima*» que en este caso derivaría del ejercicio de la función pública.

Se es conciente que, incluso, la denominación genérica a la vulneración social de la víctima no resuelve todos los problemas hermenéuticos ni es del todo precisa, pero refleja la finalidad político-criminal que el legislador quiso establecer. En todo caso, dicha vulnerabilidad social se encuentra restringida al ejercicio de la función pública; de tal manera que no hay problemas para denominar a la circunstancia como asesinato por la «*especial vulnerabilidad social derivada del ejercicio de la función pública*».

2. Finalidad político-criminal, ¿a qué responde la norma?

El Presidente de la República explicó que la norma tiene por finalidad «*evitar todo desborde y exceso contra la autoridad*», pues «*sin respeto a la autoridad no hay Estado ni sociedad posible*»[680].

---

[679] Por todos, SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 62.

[680] Véanse las declaraciones del Presidente de la República recogidas en la edición del diario «*El Peruano*» de fecha 17 de agosto de 2006.

La norma buscaría desplegar un efecto simbólico: reforzar la imagen de la autoridad en la sociedad, afianzando su respeto y previniendo, como castigando, los eventuales atentados contra su vida.

Pese al propósito presidencial debemos recordar algunas cuestiones: i) el afianzamiento normativo del principio de autoridad no se logra mediante el Derecho penal, menos creando circunstancias agravantes en el asesinato. Dicha misión corresponde desarrollarla por otras vías del control social (tanto formal como informal). Se ha elegido en este sentido la vía menos proporcional e idónea de todas las vías posibles; ii) la protección de la vida de ciertos funcionarios públicos que por el papel que desempeñan presentan un alto nivel de vulnerabilidad social no se soluciona introduciendo nuevas normas y figuras delictivas –que se añaden a las ya existentes–, sino desarrollando un activo papel preventivo como, por ejemplo, dotar de mayor seguridad a los magistrados[681], lograr una mayor preparación técnica, proporcionar recursos y medios logísticos al personal de las fuerzas armadas y policiales para que su trabajo sea cumplido de manera eficiente[682].

Incluso, hay quienes llegan a discutir la constitucionalidad de la norma y levantan severas críticas en contra de su vigencia, pues vulnera, se dice, el principio de igualdad al conceder una mayor protección a los funcionarios públicos respecto a los demás ciudadanos que se encuentran, dependiendo del contexto, en una mayor situación de vulnerabilidad social de sus vidas (v. gr. personas que viven en zonas de emergencia, defensores de los derechos humanos, miembros de la iglesia, miembros de las comunidades campesinas, etc.). Una norma de esta clase reflejaría las raíces autoritarias de un gobierno y de su clase política.

Incluso, se sostiene que se está realizando una discriminación lamentable (e inconstitucional) entre quienes desarrollan la función pública, ya que se protege de manera reforzada a una clase muy precisa y

---

[681] Cfr. SALAZAR GARCÍA, Antonio, «No solo con leyes se protege a nuestras autoridades», en *Justicia Viva*, 17 de agosto de 2006, consultado 23 de diciembre de 2007.

[682] Cfr. SALAZAR GARCÍA, «No solo con leyes se protege a nuestras autoridades».

cerrada de funcionarios, dejando a los demás servidores públicos exentos de protección.

Pese a que la norma no se encuentra libre de críticas creemos que debe reconocerse su constitucionalidad, sobre todo si no viola ningún principio constitucional y puede encontrarse un sentido genuino compatible con las bases garantistas de un Estado de Derecho. En efecto, es posible realizar y mantener una interpretación según la Constitución de la nueva norma.

Basta ver que su construcción legislativa obedece a una mayor vulnerabilidad de ciertos funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones reciben amenazas o atentados contra su vida con el fin de evitar investigaciones, paralizar las mismas u obtener la impunidad. La realidad social ha permitido comprobar que los funcionarios públicos que se encuentran en la vanguardia de sufrir bajas y pérdidas irremediables, en ocasión de la lucha contra el crimen u otras formas de conductas desviadas, son los miembros de las fuerzas armadas y policiales como el cuerpo de magistrado que componen la estructura del Poder Judicial y el Ministerio Público. No hay, por tanto, una discriminación de personas, sino que la regulación responde a la naturaleza de las cosas (artículo 103° de la Constitución).

El desarrollo de actividades propias del cargo, el desempeño de funciones profesionales o el cumplimiento del deber que realizan ciertos funcionarios públicos los expone a mayores peligros provenientes de agentes externos (sean nacionales o extranjeros) y que dado el caso, tal como ha demostrado la experiencia, llega incluso a costarles la vida. Frente a dicha situación el Estado no puede quedarse cruzado de brazos, inactivo y observar cómo la lucha contra los grandes males sociales no solo es problemática y encierra dificultades, sino que se desarrolla con un costo humano muy alto,es decir, con la de pérdida de vidas humanas, incluso la de sus propios funcionarios.

Por otro lado, se constata que muchos criminales y organizaciones delictivas con el fin de frenar las investigaciones o acciones que se emprenden en su contra, no dudan en ocasionar bajas a determinados

funcionarios públicos con el fin de enviar mensajes disuasorios para que el Estado renuncie a su papel fiscalizador y de lucha frontal contra la delincuencia. La búsqueda de sus objetivos, la conservación de su patrimonio criminal o la impunidad de sus miembros llega al extremo de matar a los funcionarios que los enfrentan.

Por tanto, la configuración legislativa de una circunstancia como la descrita no es más que el reconocimiento de una realidad social, dura y cruel, que lleva al Estado de Derecho a fortalecer su papel en la sociedad democrática castigando los atentados contra la vida de sus funcionarios.

La norma cumple con el principio de razonabilidad y de proporcionalidad toda vez que se trata de la implementación de una medida necesaria e idónea desde la perspectiva constitucional para conseguir el objetivo buscado.

3. Tipo del injusto de la circunstancia

a. Delimitación del funcionario

La víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público

La norma cualifica expresamente la muerte que se produce a una clase especial de víctima. La ley toma en cuenta la particular condición del sujeto pasivo, en la medida que se trate de un funcionario público. Sin embargo, pese a que el legislador podía establecer un castigo abierto, completo e integral a todo homicidio contra un funcionario público, solo ha considerado dentro de los particulares alcances de la circunstancia a los miembros de la Policía Nacional, las Fuerzas Armadas, Poder Judicial o del Ministerio Público.

Como se ha explicado, tal decisión se justifica dada la mayor vulnerabilidad social de dichos funcionarios para ser víctimas de diversos atentados en la lucha contra comportamientos desviados y en particular las diversas formas de delincuencia.

La condición de miembro de Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas lo determinan las correspondientes normas del sector en cuanto al ingreso y carrera del personal de la institución. La ley no distingue si se trata de personal de carrera o de asimilados a los institutos armados. Tampoco se hace eco de algún tipo de jerarquía, rango, nivel, estamento, pertenencia a un grupo especial (FOES, fuerzas de asalto, etc.). La protección es general. Asimismo, no se distingue si se trata de personal administrativo, tropa o comando. El único requisito es que se encuentre en actividad, según la normativa administrativa del sector.

Por su parte, la condición de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público se encuentra determinado por las leyes orgánicas correspondientes. La norma brinda su protección a los magistrados de todas las instancias: desde los vocales supremos, hasta los jueces de paz, de la fiscal de la Nación hasta los Fiscales adjuntos provinciales. El único requisito que se impone es que al magistrado se le haya extendido su respectivo nombramiento. Es indiferente si se trata de un magistrado titular, suplente, provisional o de otra índole. Asimismo, es indiferente la especialidad a la que pertenezca el magistrado: civil, penal, administrativo, laboral o comercial.

Hay dos objeciones que puede plantearse respecto al ámbito de cobertura de la norma. En *primer lugar*, no se entiende la razón por la cual se ha excluido a los magistrados del Tribunal Constitucional si también se encuentran dentro de una zona de vulnerabilidad o a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, que forman parte ambos de la justicia constitucional y electoral respectivamente. En *segundo lugar*, tampoco es razonable la exclusión del contexto de protección a los auxiliares jurisdiccionales o los asistentes de la función fiscal, v. gr. secretarios de juzgado, relatores y secretarios de sala, asistentes jurisdiccionales, etc., pese a que se encuentran también en una situación de mayor vulnerabilidad frente a los atentados contra la vida. Se destaca aquí una diferencia notable en cuanto a la protección –más amplia y de mayor cobertura– de los miembros de las fuerzas armadas y policiales respecto a la protección selectiva de quienes forman parte del Poder judicial y del Ministerio Público, pues solo se comprende a los *magistrados*.

La configuración de la circunstancia requiere verificar únicamente que se tiene la condición de miembro de las Fuerzas Armadas, policiales o se posee la condición de magistrado del Ministerio Público o del Poder Judicial. No es necesario, por ejemplo, comprobar si una de los funcionarios se encuentra en estado de indefensión, desarmado, sin protección o resguardo. En todo caso es posible que esta circunstancia concurra materialmente con otras modalidades del asesinato como la alevosía, por lucro, con gran crueldad, etc.

Desde la perspectiva *de lege ferenda* es recomendable que si el fundamento político criminal de la circunstancia es la especial vulnerabilidad social de ciertas personas se extienda como ocurre, en otras latitudes a otros casos en los que se verifica también una situación de vulnerabilidad, tal como ocurre con miembros de asociaciones de derechos humanos, los periodistas que denuncian actos de corrupción o de narcotráfico, etc. y también otros funcionarios públicos, v. gr. los funcionarios de aduanas, el personal del Instituto Nacional Penitenciario, etc.

b. La muerte se produce «en el cumplimiento de sus funciones»

El mayor problema interpretativo y que debe demostrar la capacidad de rendimiento como la utilidad de la circunstancia viene dado por la determinación del significado de la muerte en cumplimiento en el ejercicio de sus funciones.

b.1. Las posibilidades interpretativas

b.1.1 La perspectiva concreta del ejercicio de la función pública

La primera interpretación que se propone de la norma es referirla al concreto y real cumplimiento de sus funciones por parte del funcionario público. Se requiere que el homicidio se produzca en el lugar donde se viene desarrollando las funciones, a manera de morir en el «*teatro de operaciones*». Nadie discute como núcleo de significación de la norma el hecho de que el homicidio se cometa cuando el miembro de las fuerzas armadas o policiales cumple con una función o misión específica, v. gr. destrucción de un cultivo de coca, aprehensión de un sospechoso o del autor de un delito (narcotrafi-

cante, terrorista o, incluso, el autor de un hurto, etc.). El funcionario muere dentro de la ejecución de una operación planificada, de una intervención policial o militar autorizada, o, por lo menos, conocida por su comando o sus superiores.

Lo mismo ocurre cuando el magistrado es muerto en el desarrollo de una determinada diligencia, fiscal o judicial, ya sea dentro de un proceso o al intervenir en una investigación preliminar, fiscal o policial. Incluso, según el sentido de la norma no es necesario que exista formalmente una investigación abierta, un proceso, toda vez que la norma lo único que presupone es el homicidio en el ejercicio de sus funciones y no que haya un procedimiento en trámite, independientemente de su naturaleza o característica.

Dentro de esta primera lectura pueden presentarse diversos matices. Así, es posible que se exija que la muerte se produzca durante el tiempo en que el magistrado –y en general el funcionario– presta servicios[683] (horario de oficina, o en el contexto espacial de la operación o intervención designada, etc.); de tal forma que si no se cumple con este requisito la circunstancia sencillamente no se aplica.

Al homicidio se lo conecta y relaciona con el ejercicio real, concreto y específico de una función pública y con la subsecuente relación a un marco temporal o espacial determinado. En esta línea, lo primero que habría que precisar es qué hacía el magistrado, el personal policial o militar en el lugar de los hechos, qué acto dentro del ejercicio de sus funciones desarrollaba y concretamente qué función ejercía.

Ello lleva, en sentido contrario, a establecer que cuando la función pública concreta no se ejerce (no había, por ejemplo, una diligencia o un operativo), la circunstancia no se aplicaba. Incluso, en los casos de duda respecto a si el funcionario estaba ejerciendo de manera real o no una función pública, debe resolverse a través de la aplicación del principio de presunción de inocencia en la modalidad del *in dubio pro reo*.

---

[683] Vide SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 62.

Este criterio, aunque no lo explicite de manera directa, parte por diferenciar el homicidio cometido en el ejercicio de la función pública con el crimen cometido con **ocasión** del ejercicio de la función pública, tal como ocurre en el Código Penal francés (artículo 221°-4, inciso 5). El Código Penal peruano al solo aceptar el homicidio en el ejercicio de la función pública, estaría excluyendo de su sentido al homicidio con motivo u ocasión de la función pública.

b.1.2. La perspectiva teleológica-funcional

La segunda opción interpretativa es realizar una interpretación teleológica de la circunstancia atendiendo su sentido y finalidad, tanto constitucional y legal, con el fin de adaptar su significado a criterios con plausibilidad y razonabilidad dogmática. Este punto de vista plantea entender la expresión «*en el cumplimiento de sus funciones*» comprendiendo al homicidio que se relaciona de manera directa con el ejercicio constitucional y legal de la función pública, aun cuando no se produzca de modo real y concreto en el desarrollo de una función, diligencia u operación específica.

Basta constatar que el homicidio se comete por y debido al cumplimiento de las funciones del miembro de la policía, de las fuerzas armadas o de los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público; o que el crimen guarde una íntima relación o que se encuentre vinculado al desempeño profesional del funcionario público para que se aplique la circunstancia.

Con ello se evita restringir la aplicación de esta figura a los casos de caídos en combate, en el teatro de operaciones, dentro del servicio o en el caso de magistrados a las muertes en una diligencia, intervención en sus oficinas o en su horario de trabajo que prácticamente tornaría inútil la circunstancia, la convertiría en una norma demagógica y desprovista de todo significado social y político-criminal.

Se abandona el criterio puramente concreto o funcional, ya que este planteamiento reduce al máximo la aplicación de la circunstancia. Empero, no se asume un criterio puramente abstracto o general como,

por ejemplo, se comete asesinato cada vez que se mata a un miembro de las fuerzas armadas o policiales o a un magistrado con la única exigencia que ejerza, de cualquier modo, la función pública.

La cobertura de los casos en los que el homicidio se relaciona directamente con el ejercicio de la función pública permite abarcar casos tan disímiles como el crimen que se comete para disuadir a la policía, fuerzas armadas o a los magistrados de seguir investigando o realizando indagaciones sobre un determinado asunto con relevancia pública, social o normativa. Asimismo, encontraría aquí cobertura el homicidio que se produce para garantizar una fuga, la huida de los criminales, el que busca amedrentar, el que actúa por venganza v. gr. contra el policía que lo detuvo o el magistrado que dictó la detención o su condena.

Queda claro que no todo homicidio cometido contra los funcionarios que se indican en la norma determinará necesariamente la aplicación de la agravante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se mata a un policía por ser el rival de amores, a un magistrado por ser homosexual, en una gresca común o sencillamente cuando el factor decisivo de la muerte no es el ejercicio de la función pública.

b.2. ¿Se aplica la circunstancia en los ajustes de cuentas?

Uno de los problemas aplicativos más interesantes que se presentan es determinar si se subsume dentro de los alcances de la agravante los casos en los que se mata al funcionario cualificado (policía, militar, magistrado) por un ajuste de cuentas al haber incumplido una prestación a la que se comprometió previamente, ya sea a título oneroso a cambio de un pago (corrupción). Ello ocurre, por ejemplo, cuando el funcionario se compromete a desviar las investigaciones, evitar una incautación, liberar a un detenido, permitir el traslado o pase de droga, el conceder un permiso de salida o absolver a una persona, pero finalmente no cumple lo ofrecido ante lo cual los sujetos ordenan su muerte.

En una primera lectura de los supuestos descritos pareciera que dicho comportamiento de todas maneras se encuentra comprendido

dentro de los alcances de la norma, dado que el funcionario ejercía una función pública o, por lo menos, el acto que se comprometió realizar se encontraba en el marco de sus atribuciones normativas.

Sin embargo, a nuestro criterio en estos casos debe rechazarse tajantemente la posibilidad de aplicar la circunstancia en la medida que la norma no protege el ejercicio ilegal, inconstitucional o las conductas contrarias a los principios del ordenamiento jurídico. El ejercicio de la función pública no puede ni debe ser objeto de acto de comercio, enajenarse o venta al mejor postor, pues se estaría afectando su esencia.

Si el homicidio se comete porque el funcionario incumplió con una prestación a la que se comprometió, dicho acto por ilegal no puede ser amparado por el Derecho, toda vez que se produce al margen y de espaldas a la ley. La norma no pretende proteger a funcionarios corruptos ni fomentar prácticas vedadas. Por esta razón solo se habrá cometido un homicidio simple o tal vez otras figuras del asesinato como la ferocidad, el matar para facilitar u ocultar otro delito.

Todo ello nos lleva a establecer que la norma penal presupone para la aplicación de la agravante que el homicidio que se comete contra el funcionario público debe ser consecuencia del ejercicio y el cumplimiento de sus funciones en un sentido de respeto a la legalidad. El policía, militar o magistrado debe haber actuado cumpliendo su deber.

Los ajustes de cuentas deben distinguirse de aquellos supuestos en los que el funcionario público es víctima de una venganza o de una represalia por no haber cedido a las presiones, no realizar la prestación que se solicita, por escarmiento o sencillamente como castigo por el acto o las acciones realizadas y que perjudican determinados intereses.

Por otro lado, desde el punto de vista teleológico, la no aplicación de la circunstancia viene avalada por el hecho de que el funcionario público cuando privatiza o corrompe la función pública, no está cumpliendo sus funciones, sino todo lo contrario: vulnera los preceptos que rigen su actividad.

b.3. ¿Se aplica la circunstancia cuando se comete el homicidio contra un policía que brinda servicios particulares, sin autorización de su comando?

Uno de los problemas que surgen en este ámbito es precisar si el homicidio de un policía que, sin autorización de su comando o de superior autorizado, se encuentra de franco o brindando en sus horas libres un servicio personal de protección –a una persona natural o jurídica– supone la comisión del delito de asesinato o constituye un delito de homicidio simple.

A favor de la primera posición se encuentra el hecho que según la Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley N° 27238)[684] el policía se encuentra en un estado de permanente servicio, esto es, desempeña una función pública permanente, al margen de si se encuentra de franco, de vacaciones, etc.; de tal modo que cualquier atentado contra su vida debe comprenderse dentro de los alcances de la circunstancia contenida en el inciso 5 del artículo 108° del Código Penal.

La otra posición, que es la que se suscribe, considera que solo constituye un delito de homicidio simple la muerte de un efectivo policial que se encuentra prestando servicios particulares, sin autorización de su comando o como prescribe el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Policía, sin autorización del titular del sector. Creemos que el sentido de la norma busca castigar los casos de atentados contra la vida del personal policial en la medida que cumpla una función pública, de tal manera que cuando se encuentre prestando servicios particulares no autorizados por su comando no ejercita la función pública de la que está investido, sino que brinda un servicio particular y que no se encuentra dentro de los alcances de la norma.

---

[684] **Artículo 8°.-** Atribuciones

Son atribuciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1ª Intervenir en toda circunstancia, cuando el ejercicio de la función policial así lo requiera, por considerarse permanentemente en servicio.

b.4. Tipo subjetivo

La circunstancia se puede cometer solo de forma dolosa. Se excluye la modalidad imprudente del comportamiento.

El dolo que se admite es tanto a título de dolo directo, de primer grado o de segundo grado, como también en la forma de dolo eventual. La norma no restringe ni limita la imputación subjetiva.

El dolo eventual se presenta, por ejemplo, cuando un conductor con el fin de impedir la imposición de una papeleta de tránsito por una infracción cometida embiste con su vehículo al policía de tránsito.

También es posible admitir el error en esta circunstancia del asesinato. Así ocurre, por ejemplo, cuando se mata a una persona que se encontraba cumpliendo funciones, ignorando que se trataba de un policía que actuaba de agente encubierto para desbaratar a una organización terrorista.

CAPÍTULO V

A) HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA

Artículo 109°.-

«El que mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107°, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años».

I. GENERALIDADES

El homicidio por emoción violenta es un precepto que recoge un privilegio atenuatorio respecto a las figuras del homicidio simple y parricidio. Su regulación y estructura lo convierten en una categoría penal singularísima con escasos antecedentes en el Derecho hispanoamericano[1]. Pocos son los códigos de nuestra región que se atreven a brindar albergue legislativo a una figura de este cuño. Pese a todo, el legislador nacional ha dado acogida a una fórmula nacida fuera de nuestras fronteras, aun cuando ella no se encuentre exenta de críticas y observaciones a veces oportunas.

---

[1] Uno de los pocos casos de incorporación del homicidio por emoción violenta en la legislación histórica latinoamericana es el caso, por ejemplo, del Derecho argentino que en el artículo 81º, inciso 1 del Código Penal de 1922 recoge esta figura refiriéndose «al que matare encontrándose en estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusables».

Para muchos, entre cuyas filas nos encontrábamos en un pasado cercano[2], la fórmula de la emoción violenta expresa una perniciosa práctica, común a las legislaciones penales de comienzos de siglo, por medio de la cual las acciones a criminalizar se encontraban sometidas a un casuísmo exacerbado y a la repetición de términos literarios más que de ideas jurídicas.

Tal proceder se debió, en gran medida, al escaso desarrollo de la parte general de la codificación penal, así como a la débil confianza legislativa en la judicatura, poco dada a extraer luces de fórmulas oscuras y a obtener claridad de palabras ambiguas. La ley, lejos de depositar su confianza en los jueces encargados de administrar justicia, remitiéndose a fórmulas abstractas requeridas de concreción, consideró oportuno consagrar en una definición legislativa la descripción exhaustiva de una realidad social y psicológica. El homicidio por emoción violenta aparece así como un texto propio de una técnica legislativa inveterada, hoy excluida e intencionalmente abandonada en el Derecho comparado.

En la actualidad, el legislador ordinario apela más al lenguaje lacónico y parco que a la construcción repetida e innecesaria. Por ello, vale preguntarse si es admisible una fórmula como la emoción violenta, cuando ella puede ser abrazada por una categoría de la parte general, perteneciente a las causales de inimputabilidad relativa (artículo 20°). ¿Se justifica acaso atiborrar el ya frondoso catálogo punitivo con una definición más, que bien puede captarse apelando a otro texto normativo de un mismo código? La respuesta a la interrogante formulada, cualquiera fuese su estirpe, no puede considerarse agotada, dado que por más que se suscriba una tesis la posición contraria encontraría también serios argumentos a su favor.

II. ANTECEDENTES

El homicidio por emoción violenta tiene como antecedente legislativo más cercano al artículo 153° del Código Penal de 1924. La legisla-

[2] Al respecto: CASTILLO ALVA, José Luis, «Hacia una revisión crítica de las figuras fundamentales de homicidio en el Código Penal peruano», en *Normas Legales*, T. 257, Trujillo, 1997, p. A-67.

ción actual repite sin mayor innovación la fórmula incrustada en el Código Penal anterior. Los términos dogmáticos de una y otra redacción típica son similares y hasta cierto punto idénticos. No existe una diferencia mayor entre ambos que no sea la derivada de la modificación de los límites de la pena y la referencia a una clase de sanciones penales, ya superadas. El Código Penal derogado establecía un castigo al homicidio por emoción violenta no menor de un año ni mayor de diez años, imponiendo la pena de penitenciaría. Asimismo, otra diferencia consiste en el cambio del número del articulado de un código a otro, aun cuando su posición sistemáticamente en los delitos de homicidio se mantenga intacta.

Una importante mejora en técnica legislativa es la incorporación en el texto del artículo 109° de los supuestos de parricidio por emoción violenta recogidos en el Código Penal anterior en un artículo aparte (artículo 154°) como si fueran hipótesis diferentes. Este error es corregido por el código vigente que en un mismo artículo ensambla los diversos casos de emoción violenta sin que importe la calidad de los autores.

La fórmula de homicidio por emoción violenta no tiene sus raíces históricas asentadas en nuestra patria o en alguna nación hispanoamericana; su aparición en nuestra ley es producto del implante y no de la originalidad creativa; y su esencia tiene orígenes europeos que nosotros simplemente reproducimos.

La emoción violenta aparece por primera vez en la legislación suiza, durante la discusión operada en la segunda comisión de expertos fechada en agosto de 1915, que en su artículo 104° recogía esta modalidad de homicidio atenuado[3]. Si bien, su redacción parca es propia de una técnica legislativa depurada digna de encomio, su contenido no deja de transcender sus fronteras, extendiéndose a muchos países de la civilización occidental. En efecto, el emocionarse no es una realidad psíquica exclusiva de los ciudadanos suizos, teutones o europeos, sino

[3] In extenso: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 168; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 87. Con exhaustividad rayana con la erudición: ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 140.

más bien es una característica inherente a todo ser humano, cualquiera fuere su nacionalidad.

El codificador suizo y el Código Penal peruano de 1924 no hicieron más que dar cobijo a una fórmula legislativa, una idea bastante vieja, lográndose conservar la atenuación del homicidio una vez que se compruebe un estado psicológico. La emoción violenta como peculiaridad humana no fue creada por legislador alguno. Un pensamiento en contrario sería concederle a la ley una fuerza o calidad que no posee.

En realidad, la labor cumplida por el legislador se redujo a buscar en una descripción lacónica una idea cargada de significado. Se reemplazó, así, un casuísmo exacerbado por un laconismo dogmático capaz de asumir en una frase genérica un gran número de supuestos. Basta con revisar la legislación del s. XIX (e incluso la de esta época), junto a la literatura penal más influyente de aquel tiempo[4], para percatarse de la honda relación histórica existente entre el homicidio por emoción violenta y el homicidio por ímpetu de ira o por justo dolor, entre las que hay un gran parentesco.

El ímpetu de ira se refería a las situaciones de provocación o de incitación de la víctima sobre el agente, que lo inclinaban a la comisión del ilícito homicida, a través de las injurias graves y las ofensas injustas. Por su parte, la hipótesis del justo dolor comprendía el caso del hallazgo en adulterio, o también del que mata a un ladrón luego que es despojado de un bien, o el padre, cónyuge o hijo que mata a su descendiente, cónyuge o ascendiente luego de encontrarlo manteniendo relaciones sexuales con terceros.

La fórmula de la emoción violenta no solo logra abarcarse al homicidio por ímpetu de ira o justo dolor, sino a toda la gama de homicidios provocados por la conducta ilícita de la víctima y que tanto de manera objetiva y subjetiva permiten una atenuación del crimen.

---

[4] Cfr. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Nº 1281.

III. FUNDAMENTOS Y SUSTANTIVIDAD

1. Generalidades

El homicidio por emoción violenta posee una existencia controversial en los delitos contra la vida. Se discute sobre la conveniencia de mantener o no el delito de parricidio, así como la de reducir el número de circunstancias del asesinato, pero este debate quizás deba ceder a la disertación si es o no adecuado a una correcta técnica legislativa mantener el delito de homicidio por emoción violenta o si es conveniente sostener su desaparición de la parte especial, remitiendo la solución a los principios comunes del Derecho penal contenidos en la parte general. Se alzan, por un lado, posturas abolicionistas y por el otro, criterios a favor de la conservación del artículo 109°. Cualquier tesis que se acoja no está libre de críticas y observaciones, de allí que sea necesario el estudio de una y otra postura.

2. Tesis abolicionista

En apoyo del criterio abolicionista del homicidio por emoción violenta concurren diversos argumentos. El primero de ellos repara en que las circunstancias excusantes no son más que una reminiscencia de ideas éticas y sociales, hoy superadas, y que se hallan en franco abandono. Basta echar una ojeada a la práctica para contemplar que este precepto es utilizado por los maridos desesperados, por los concubinos iracundos o por los padres afectados de celotipia enfermiza. Estas cuestiones tornan ilógica desde la perspectiva jurídica la conservación de una definición legal de este cuño.

El homicidio por emoción violenta aparece como un supuesto legal que brinda albergue a todo aquel que mata movido por emociones innobles y cuyo pretexto suelen ser las circunstancias. La definición legal obraría como un escudo de protección para los temperamentos iracundos y las personalidades impulsivas.

Un segundo criterio, que abona a favor de esta tesis, considera que el homicidio por emoción violenta es un caso reprobable en el que

el Derecho cede el monopolio del poder estatal a un individuo, beneficiándolo con una causa de atenuación. Por la fórmula del artículo 109° se daría legitimidad legal a las hipótesis de venganza privada o se permitiría, con aprobación jurídico-penal, que un hombre aprovechando las circunstancias del caso dé rienda suelta a sus más bajas pasiones y sentimientos innobles. Este proceder legislativo reflejaría una renuncia expresa a las bases garantistas del Derecho penal.

Finalmente, como última y mejor crítica a la redacción del homicidio por emoción violenta, tenemos que su regulación bien puede ser asumida por los principios de la parte general, evitando así una práctica casuística perniciosa, detestable en el Derecho penal contemporáneo. Según esta posición la regulación independiente de la emoción violenta resulta innecesaria en la parte especial, dado que puede incorporarse en las categorías penales de la parte general.

La fórmula descrita no hace sino repetir una idea presente en la descripción de los principios comunes. La emoción violenta sería solo una especie de las causas de inimputabilidad relativa en la modalidad de una alteración de la conciencia.

También se denuncia una falta de consecuencia dogmática de la emoción violenta, máxime si ella se reduce a los delitos de homicidio y no al caso, bastante común, de las lesiones. Tal proceder nos recuerda la antigua restricción de la legítima defensa a las hipótesis de los delitos contra la vida, cuando su campo de aplicación, en paralelo con la emoción violenta, es mucho más amplio.

3. Tesis a favor de la conservación del homicidio por emoción violenta

Por su parte, a favor de la tesis que mantiene la necesidad de conservar el tratamiento legislativo del homicidio por emoción violenta, existe una serie de argumentos de no menor calidad. El primero de ellos sostiene que si bien la fórmula de la emoción violenta puede ser abrazada por la alteración de la conciencia (causal de inimputabilidad

relativa) es también evidente que la definición legal se justifica por el escaso uso de las categorías incorporadas en la parte general.

Nuestra judicatura, el Ministerio Público y las defensas penales no suelen recurrir a los principios comunes de la parte general al considerar su poca «concreción práctica». Basta comprobar la restricción de los jueces a la mera tarea de tipificación de los delitos *in specie*, sin plantear que sean circunstancias agravantes o atenuantes.

Si bien desde una perspectiva técnica la emoción violenta carece de fundamento, desde el punto de vista práctico encuentra plena justificación en la medida que permite la aplicación de una circunstancia atenuante que, de otra forma, sería de muy difícil aplicación. En profunda vinculación con este argumento se encuentra aquel que observa la diferencia existente entre la grave alteración de la conciencia y la emoción violenta. Así, mientras la primera es una causa de inculpabilidad, la segunda es una simple causa de atenuación[5].

En la emoción violenta aún hay exigibilidad; en la grave alteración de la conciencia, no[6]. Tenemos que la emoción violenta si bien puede encajar dentro de la alteración de la conciencia, los efectos penales que despliega no son los mismos, pues la primera impone una disminución prudencial de la pena respecto al homicidio simple o al parricidio, y la segunda impide la imposición de una sanción.

---

[5] Sin embargo, no siempre la jurisprudencia peruana logra diferenciar ambos aspectos, vide: «*Que, en el contexto precedentemente anotado, es necesario poner en perspectiva la relación convivencial preexistente entre el sentenciado y su víctima, con alternativas conflictuales que el día de los hechos hicieron crisis con una violenta discusión entre ambos en el curso de la cual se exasperaron los ánimos al extremo que el occiso termina con una herida punzocortante penetrante en el tórax que le compromete la arteria aorta y le produce una hemorragia masiva intratoráxica y consecuencia y consecuente shock hipovolémico, producido con arma blanca por la procesada [...]. Que, la conducta concreta de la procesada es subsumible dentro del tipo penal del homicidio simple ya que si bien pudo existir en el momento de los hechos un estado de exaltación anímica que determinó el curso de los acontecimientos, no existe convicción de que tal exaltación llegara a producir una grave alteración de la consistencia, de modo tal que la agente actuó con conocimiento y voluntad y por tanto el delito le es imputable subjetivamente por dolo*» (Ejecutoria superior recaída en el Exp. Nº 2175-97, de fecha 3 de noviembre de 1997).

[6] Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 146.

Un tercer argumento en apoyo de la tesis conservadora hunde raíces en la necesaria humanidad de la legislación penal, la cual no solo repara en la forma de redactar las leyes sino en los destinatarios de las mismas.

No es suficiente poseer una buena técnica legislativa, crítica común a la emoción violenta, si falta el reconocimiento a la realidad vital de la persona.

Las leyes no pueden reparar sólo en la racionalidad o formalidad de su redacción, como tampoco puede exigirse que se detengan en la vida afectiva del sujeto. Es necesario lograr un deseado equilibrio en el que se valore también los elementos emotivos que el hombre posee y en los que la emoción violenta es sencillamente una manifestación.

4. Fundamentación

Si se sostiene, como aquí se expone, la conservación legislativa de la emoción violenta, es necesario detenerse en la fundamentación dogmática. La emoción violenta representa un caso de imputabilidad disminuida por la perturbación psíquica que opera en la conciencia del agente en virtud del concurso de circunstancias que la hacen excusable. En esta figura delictiva el injusto penal se mantiene incólume e inalterable, por cuanto el valor de la vida humana es el mismo.

No existe mayor variación en la órbita del bien jurídico, únicamente hay una situación objetiva que obra como estímulo en el ánimo del sujeto moviendo su brazo a la comisión del crimen. El homicidio por emoción violenta no expresa una menor importancia de la vida humana, lo que existe en realidad es una pena disminuida en razón a la menor culpabilidad del agente y a la restricción de su capacidad de autodeterminación y el escaso control de los frenos inhibitorios.

El juicio de reproche frente a estos contenidos psíquicos individuales es menor. Como bien apunta NÚÑEZ[7] «*una atenuación de la pena no obedece al menor valor de la vida destruida, ni a las circunstancias objetivas del hecho, la*

[7] NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 72.

imputación disminuye en razón de que la criminalidad del autor es menor que en el caso ordinario, porque no es arrastrado al delito por su propia voluntad, libre de causas incitadoras, sino por una fuerza impulsadora que aunque resida en su ánimo, encuentra su causa en la propia conducta de la víctima. Por esto el homicidio emocional despierta menos alarma en los terceros, los cuales, solo saben que sus actos de provocación los expondrán a ser víctimas de los hechos semejantes».

El fundamento de la pena atenuada del homicidio por emoción violenta reside en la restricción de la capacidad de autodeterminación del agente y en el menor poder de control de sus pautas inhibitorias respecto a su situación histórico-vivencial. El legislador, tal vez sin proponérselo, ha recogido en el tipo del artículo 109° una situación del hombre que se encuentra frente a una circunstancia especial la cual provoca una respuesta afectiva concreta: la emoción violenta. El ser humano, el homicida, se ha colocado dentro de un ámbito situacional determinado, ubicable en el tiempo y el espacio, y en el que se ha descrito una reacción explicable por las circunstancias desencadenantes de la emoción violenta.

El homicida aparece así, en un contexto histórico, enfrentando una circunstancia crítica, una situación desestabilizadora que altera su ecuanimidad, provocándole un transtorno de conciencia que, sin convertirlo en inimputable, ocasiona la consumación de un delito. La circunstancia descrita no es cualquiera o indistinta, dado que su peculiaridad reside en alterar el ánimo y modificar el eventual contenido de la conciencia, perturbándola para terminar cometiendo un homicidio.

5. Subsidiariedad

A nivel doctrinal se discute si el título del homicidio por emoción violenta posee o no autonomía propia. Mientras que un sector doctrinal minoritario sostiene su caracterización como homicidio autónomo al considerar que la norma que lo contiene, establece «sin que nada falte en que consiste el delito»[8], otro sector doctrinal, abiertamente

[8] Vide FINZI, citado por NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 72 nota 71.

mayoritario, considera al homicidio por emoción violenta como un tipo derivado, subsidiario o simplemente no autónomo[9]. Aun cuando no deje de ser abonable la primera tesis, nos inclinamos por sustentar el segundo criterio dada la evidente subsidiariedad del homicidio por emoción violenta, ya sea del homicidio simple o del parricidio.

Asimismo, basta contemplar que la emoción violenta no tiene existencia por sí misma, o al menos no indispensablemente, para percatarnos que su construcción bien puede ser remitida a la eximente incompleta, descrita de manera genérica en el artículo 21° del Código Penal la cual obraría como norma de obligatoria aplicación. La figura tendría una dependencia por partida doble: de un lado surge su pertenencia a los tipos de la parte especial como son el homicidio y el parricidio (artículos 106° y 107°, respectivamente) y, por otro lado, es evidente su derivación de los principios contenidos en la parte general cuya fuente matriz puede considerarse a la alteración de la conciencia como especie de las causales de inimputabilidad (relativa).

IV. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO

Las principales notas relevantes del homicidio por emoción violenta son:

- **Es un delito común**.- Dado que la conducta criminal puede ser cometida por cualquier persona, el primer párrafo del artículo 109° bien puede encajar en la clasificación de un tipo común. No se requiere más que la comisión de un ilícito por una persona quien se halla afectada por una emoción violenta excusable por las circunstancias. La ley penal evita establecer en el primer párrafo del delito una referencia a una cualidad personal del agente.

  Sin embargo, el segundo párrafo al remitir al artículo 107° del Código Penal establece también un homicidio por emoción vio-

[9] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 74; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 72; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 134. En la doctrina nacional se pronuncia en este sentido: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 89.

lenta calificado, vinculado al parricidio. El texto de la ley considera al ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino, que comete un parricidio, sujeto a una penalidad mayor. Aquí, si bien se reconoce el efecto privilegiante de la emoción respecto al reo, es cierto que la mayor sanción obedece a la relación de parentesco existente entre el autor y la víctima.

El legislador histórico consagra en un mismo artículo un delito común y un delito especial asentado en la base de la emoción violenta.

- **Es un tipo derivado.-** El tipo que alberga la emoción violenta debe considerarse como un tipo derivado, por cuanto tiene una existencia proveniente de los tipos de homicidio simple y parricidio. El homicidio por emoción posee una calidad subsidiaria, dado que depende de los artículos 106° y 107° a cuya órbita se remite la conducta si es que no concurre la emoción violenta. Basta suprimir mentalmente este presupuesto para contemplar que la calificación por homicidio simple o parricidio se mantiene intacta.

  La naturaleza subsidiaria del homicidio por emoción violenta puede plantearse también desde el plano de la parte general del Código Penal. Es fácil ver la posibilidad de recoger la emoción violenta dentro de la alteración de la conciencia, variable que opera como una circunstancia perteneciente a la personalidad del agente. La emoción como elemento de privilegio respecto al homicidio simple constituye una causal de imputabilidad disminuida que, de no existir como dato subjetivo del homicidio, originaría la aplicación del artículo 21° del Código Penal.

  El homicidio por emoción violenta posee una característica subsidiaria por partida doble: por un lado los principios propios de la parte general y por el otro, la referencia al homicidio como categoría de la parte especial.

- **Es un tipo referenciado.-** Cuando la ley alude a la emoción violenta no hace más que resaltar una característica psíquica del autor de la infracción, hecho que convierte al delito en un homicidio referenciado. No obstante lo dicho, se debe destacar que la calidad de tipo referenciado propio de la emoción vio-

lenta no proviene solo de este dato subjetivo, sino de la especial alusión a las circunstancias que la hacen excusable. No basta solo el concurso de una emoción violenta sino que es necesario cumplir con la otra referencia legal, esto es, las circunstancias que la justifique.

- **Es un delito de resultado instantáneo.-** Toda vez que provoca una lesion: muerte
- **Es un tipo monosubjetivo.-** Dado que la redacción del delito, en cuanto a la autoría, requiere solo de un individuo, aun cuando pueda aceptarse la coautoría o la autoría mediata, aplicándose las reglas contenidas en el artículo 23° del Código Penal.

V. BIEN JURÍDICO Y POLÍTICA CRIMINAL

La ley penal protege a la vida humana desde el instante de los dolores del parto hasta el momento de la producción de la muerte cerebral. Aquí la vida humana sigue manteniendo ese alto valor que el Derecho y el Estado le reconoce a raíz de la consideración de la dignidad humana como principio rector del ordenamiento jurídico. A pesar de la fijación de una penalidad menor, el bien jurídico sigue conservando toda la significación valorativa que le es propia al encabezar el catálogo de delitos del Código Penal. El fundamento de la atenuación no deriva de la menor valiosidad de la vida, sino de un especial estado anímico del autor del delito emergente de las circunstancias. No se toma en cuenta el bien jurídico, el cual se conserva inalterable, sino la perturbación de la conciencia producida en el autor a raíz de la existencia de supuestos fácticos que alteran el razonamiento y disminuyen los frenos inhibitorios.

Al homicida se le brinda un puente de plata para atenuar su responsabilidad siempre y cuando su ánimo se haya conmovido. Tal proceder legislativo no hace sino resaltar la honda vinculación espacio-temporal del hombre con su acción y sus circunstancias.

No se considera más al hombre en abstracto sino en concreto, en su especificidad vital. El ser humano no solo es razón y discernimien-

to, sino también afectividad y volición. Justamente es este último contenido es el criterio rector tenido en cuenta por el legislador para edificar el artículo 109° del Código Penal En el homicidio por emoción violenta no tanto se enfatiza en la facultad racional del hombre, sino en la primacía, a veces, de las órdenes e impulsivos afectivos.

Al establecerse el homicidio por emoción violenta, el legislador reconoce que este, como todo delito, no solo es producto de un ánimo frío, calculador y hasta perverso, sino es consecuencia, a veces, de una conciencia perturbada, agresiva, la cual frente a determinados estímulos difícilmente puede desplegar frenos controladores. El común de los hombres, ante algunas circunstancias, no pueden desplegar un comportamiento acorde al efecto motivacional de la norma, dado que su razonamiento se estrecha.

Esta reacción no puede dejar de ser tenida en cuenta por el Derecho, que lejos de observar con indiferencia el fenómeno psíquico debe reconocerlo brindándole un tratamiento especial cuya característica básica es una notable disminución de la penalidad.

VI. TIPO DEL INJUSTO

1. Sujetos

La redacción legal del homicidio por emoción violenta presenta las características de un delito común.

El legislador con el objeto de brindar la mayor cobertura jurídica posible utiliza el pronombre impersonal «El que...» con tal proceder el primer párrafo del artículo 109° no brinda referencia a determinados sujetos que detentan cualidades o condiciones personales especiales.

Pese a ello, se puede advertir en el segundo párrafo del homicidio por emoción violenta la alusión a ciertas condiciones personales tanto del autor como de la víctima. El legislador emplea una remisión al artículo 107° de donde se deduce la restricción del círculo de autores al

ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino. No se trataría más que de un parricidio por emoción violenta.

2. Circunstancias excusantes

El fundamento de la emoción es mixta. Por un lado, tiene un asiento subjetivo y, por otro, posee una faz externa que trasciende la individualidad del sujeto para radicar en la realidad y cuya referencia legal se encuentra manifiesta en los términos de las **circunstancias excusantes**. No es cierto que basta el concurso de la emoción violenta para el planteamiento inmediato del homicidio atenuado. Es necesario constatar previamente si las situaciones y las circunstancias vinculadas al hecho delictivo tornan comprensible la posterior aparición de la emoción en el sujeto[10].

La correcta interpretación legal de la norma debe centrar su fuerza tanto en la comprobación del fenómeno emocional como en la demostración de las circunstancias que convierten en justificable o comprensible dicho estado psicológico. Ni la emoción violenta, considerada en sí misma excusa, atenúa el homicidio, ni la sola presencia de circunstancias permite (atenuando) que se mate; por lo que debe plantearse forzosamente la existencia de ambos elementos[11].

Cuando el legislador alude a las circunstancias que hacen excusante la emoción, se propone abrazar un número amplio de casos desencadenantes que antiguamente no se hallaban comprendidos, producto del casuismo de las fórmulas legislativas y por su ambientación en base a criterios morales y éticos, propios de una época histórica.

---

[10] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 1197-2004, de fecha 15 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit,. T. I, p. 77.

[11] De allí que se deba desterrar la idea corriente que solo la emoción violenta funda la atenuación del homicidio consagrado en el artículo 109º. A ello se agrega las circunstancias excusantes sin cuya presencia es imposible comprender el homicidio emocional y que en caso falte daría lugar la aplicación del homicidio simple con la atenuante de la alteración de la conciencia si es que, claro está, existe solo emoción violenta y no las circunstancias que la hacen excusante.

Con una fórmula legislativa como la incorporada en el texto del artículo 109° se salva el incurrir en la perniciosa transitoriedad de las leyes, hoy aplicables a determinados casos pero mañana en desuso, asumiendo en su reemplazo una definición legislativa de contendido fijo y permanente, capaz de resistir los embates del tiempo, la contingencia de los criterios sociales y la estrechez en la mente del legislador.

No se habla más de las viejas definiciones como el **justo dolor** y **el ímpetu de ira**, o de la muerte de la mujer cuyo marido la encontraba en adulterio o de la hija que era vista por el padre o los hermanos manteniendo relaciones sexuales con un extraño. Todos estos casos denotativos de situaciones vitales, actualmente son sustituidos por fórmulas más amplias que, comprendiendo los antiguos supuestos, abarcan otros distintos[12].

La utilización de la frase **circunstancias excusantes** de la emoción por el legislador, hace pensar en la exigencia de tres requisitos esenciales respecto a las situaciones motivadoras de la emoción.

El primero de ellos sería una acción externa, el segundo presupuesto consistiría en determinar la aptitud de la acción externa para producir la emoción y la tercera, de naturaleza negativa, derivaría de una falta de provocación intencional de la acción por el autor del homicidio. Veamos someramente estos tres requisitos:

a. Circunstancias externas

La excusa de la emoción violenta requiere fundarse en situaciones externas al autor del homicidio.

La atenuación no puede basarse solo en el estado psíquico emocional que pertenece a la subjetividad del agente. La ley exige la mani-

---

[12] Con la fórmula de la *«emoción violenta que las circunstancias hacen excusable»* no solo se incluye de antemano a una acción provocadora del estado emocional, muy por el contrario se permite albergar a distintos y muy variados hechos que con la fórmula antigua no hubiese tenido mayor acogida (Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 69).

festación de circunstancias y realidades ajenas a la personalidad del homicida.

El Derecho penal toma en cuenta la inserción del hombre en su hecho, considerando un estado psicológico existente, por un lado, y la necesaria referencia a las circunstancias externas que provocan dicho estado, por el otro. Si solo tuviera que considerarse la emoción violenta, la ley no tendría por qué remitir a las circunstancias aludidas.

La ley penal emplea el giro semántico que **las circunstancias hacen excusables**. Con la utilización de dichos términos la norma denota la importancia de las condiciones externas que crean o dan vida a la emoción. Debe entenderse por circunstancias, desde un perfil semántico, «*los hechos, sean naturales o humanos que en un tiempo y espacio determinado rodean a un acto, en este caso el homicidio*».

También puede entenderse por circunstancias todas aquellas condiciones provenientes de la naturaleza o del hombre que se encuentran vinculadas espacio-temporalmente con un hecho concreto. De allí que sea incorrecto confundir las circunstancias con el hecho mismo (el homicidio).

Cuando se examina la conducta humana se percibe que una acción en sociedad siempre se encuentra rodeada de circunstancias, las cuales obran como condiciones para la presencia del hecho criminal. Sin embargo, la referencia legal a las circunstancias externas no representa una repetición intrascendente por cuanto no se trata de cualquier circunstancia irrelevante sino de hechos importantes que agitan el ánimo del autor, provocando una emoción violenta que desencadena un homicidio. Solo se debe constatar aquellas circunstancias que son **capaces y aptas** para causar la emoción violenta.

La redacción legal del artículo 109° no alude a la idea de una condición especial o singular, sino que formula la definición legal en términos relativamente amplios, dado que acude a un modelo plural y notoriamente comprensivo de varios hechos. La ley no se refiere a una

circunstancia en concreto, única y aislada, sino a varias que, por el plural utilizado, denota un número considerable de condiciones (dos o más) que influyen en la comisión del hecho.

En efecto, pueden ser dos o más elementos que vinculados generan la emoción violenta, como puede ser también una sola condición o acción. Lo importante es que ocasionen el estado emocional y que este, en su origen, se deba a una causa externa.

En la realidad las circunstancias provocadoras de la emoción violenta se encuentran enlazadas unas con otras. Así, por ejemplo, la jurisprudencia peruana ha descrito un caso de emoción violenta señalando que: «*Los hechos ocurrieron cuando (el acusado) se encontraba con su conviviente en la habitación de su casa, vio que ella tenía un hematoma en el cuello contándole a su vez que le era infiel, procediendo el encausado a increparle su conducta a la agraviada y a exigirle que le diga el nombre de la persona con quien le engañaba; sin embargo la agraviada solo atinó a llorar; ante estos hechos y con la finalidad de asustarla para que aquella le diga el nombre de la persona que la había besado en el cuello tomó una soguilla de nylon y procedió a colocarle alrededor del cuello, pero, según el procesado, todo pasó rápido que no se dio cuenta que la agraviada ya estaba convulsionando*»[13].

Como se desprende de este caso judicial las circunstancias relevantes son: i) ver que la conviviente tenía un hematoma en el cuello; ii) la confesión de la víctima que le era infiel; iii) el increpar la conducta de la mujer; iv) la exigencia para que le diga el nombre de la persona con quien le engañaba; v) El llanto de la agraviada y el no decir con quién le era infiel.

En otra ejecutoria suprema se puede encontrar también un relato similar del homicidio por emoción violenta en que: «*En el curso de una fuerte discusión con la agraviada, en virtud del emplazamiento que le hizo, pues sospechaba que mantenía relaciones sexuales con un amigo suyo –así se lo habían comentado varias personas– ésta finalmente le dijo que no lo quería,*

[13] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004 del 25 de mayo de 2005.

aceptó que lo engañaba y le hizo saber que se iba a ir con él, situación que desencadenó el ataque directo a la víctima»[14].

a.1. ¿Los hechos naturales son circunstancias externas?

Un asunto controvertido es aquel que plantea si puede o no aceptarse dentro de las circunstancias aludidas aquella(s) condición(es) proveniente(s) de las fuerzas de la naturaleza, en las que no interviene mayormente la acción del hombre. Vale preguntarse, si también ejerce efectos atenuantes la emoción violenta provocada por influjo de las fuerzas causales de la naturaleza que impelen a practicar un homicidio, v. gr. la desesperación por perder la vivienda en un sismo conlleva a Tertius, un campesino, a matar a Cayo a quien atribuye la responsabilidad del desastre.

Si bien no existe aparentemente ninguna razón dogmática sólida, ni derivada de la letra de la ley, para oponerse a la aceptación de las circunstancias emergentes de la naturaleza que causan el estado de la emoción violenta, lo cierto es que la tesis correcta, a nuestro criterio, es la que solo considera como válidas a las circunstancias que se originan en la acción del hombre sin que pueda aceptarse la posibilidad de incorporar en la provocación de la emoción las condiciones producto de dichas fuerzas.

Solo la conducta humana puede operar como provocadora de la emoción violenta. Sin embargo, ello no implica que junto a la conducta humana deje de aparecer, de modo secundario, otras clases de circunstancias que pueden derivar de la naturaleza. Su presencia en todo caso será de importancia menor respecto a la mayor trascendencia del comportamiento humano de un tercero. Ejemplos de circunstancias externas influyentes en la acción del hombre, y en particular en la figura que comentamos, son las condiciones ambientales o climáticas, como la producción de fenómenos naturales.

---

[14] Vide la ejecutoria expedida por la Sala penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004 del 15 de noviembre de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 367.

Un hematoma en el cuello de una persona que luego desencadena el reconocimiento de una infidelidad no constituye un hecho natural, sino que representa un comportamiento humano concluyente que denota una acción de deslealtad con la pareja. Dicho hematoma (suceso biológico) patentiza un determinado comportamiento social reprobable: la infidelidad[15].

a.2. Delimitación

Únicamente la acción humana puede servir de base para dar pie a las circunstancias excusantes exigidas por la ley. Su importancia es decisiva en la aplicación de la atenuante. La referencia a las circunstancias que hacen excusable debe ser entendida a una acción humana proveniente de un tercero, aun cuando sobre ella concurren otra suerte de factores (*ut supra*).

No obstante, como correctamente apunta el texto legal al emplear el plural «*circunstancias*», junto a esta acción pueden sumarse una serie de diversas condiciones que, en una visión de conjunto y con efecto totalizador, influirán en la producción del estado emocional. La acción externa, llamada también causa provocadora[16] o estímulo externo[17], tiene que pertenecer al mundo real y debe ser ajeno al autor del homicidio.

De no ser así, la consecuencia atenuante de la emoción violenta se basaría en un amplio subjetivismo beneficiando solo al intemperante y al malvado, al sujeto irascible por naturaleza, y al falto de templanza, tendiendo un puente de oro cercano a la impunidad. Asimismo, el Derecho premiaría, con pena atenuada, a todo aquel que encuentra en la emoción un fundamento para iniciar la más vil de las venganzas o cometer homicidios.

---

[15] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004 del 25 de mayo de 2005.

[16] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 86.

[17] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 130.

La acción que por sí misma, o anudada a otras condiciones, produce las circunstancias excusantes puede tener su origen comúnmente en la conducta de la víctima la cual suele provocar, mediante ofensas o contenidos afrentosos, la reacción del autor del homicidio.

a.3. ¿Se aceptan como circunstancias externas las acciones de terceros?

La doctrina discute si puede aceptarse como circunstancia la acción proveniente de un tercero que termina en la muerte de una persona distinta a quien provoca la ofensa. Mientras un sector doctrinal opina que solo debe merituarse la conducta incitadora de la víctima, otro sector abona la tesis contraria: es indiferente el origen del estímulo externo, que bien puede surgir de la conducta del sujeto pasivo como de acciones de terceros ajenos a la calidad de los sujetos (activo o pasivo) en el homicidio[18].

No importaría, así, que la acción de la propia víctima sea quien provoque el estado emocional que luego ocasionará la perpetración del homicidio, como sucede en la mayoría de casos, sino importaria únicamente que las circunstancias hayan promovido el fenómeno emocional independientemente de la persona que lo causó, v. gr. *X* insulta gravemente a *Y* tildándole de «cachudo», este creyendo que el insulto ha sido proferido por Z le asesta un golpe mortal.

La última tesis es la correcta. Sin embargo, su utilización debe ser siempre restrictiva, evitando que la alegación de supuestos estados emocionales genere homicidios sobre víctimas inocentes.

La misma solución debe aplicarse cuando la circunstancia provocadora es dirigida ya sea contra el autor o una persona cara a sus afectos, como son los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, etc.[19]. La acción provocadora puede tener un objeto o dirección

---

[18] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 93; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 134.

[19] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 47.

determinada que no necesariamente tiene que coincidir con una ofensa al autor del homicidio. Lo importante, como en el anterior supuesto, es que la circunstancia provoque eficazmente el estado de emoción violenta, independientemente del contenido y la dirección de la misma[20].

En la fijación de la naturaleza jurídica de la acción provocadora de la emoción es indiferente si se trata de una acción culposa o dolosa, aun cuando las estadísticas nos aconsejan ver una mayor frecuencia de los casos de imprudencia.

Un problema vinculado al tema descrito es responder la interrogante de si la emoción violenta puede descargarse –en el sentido de la producción de la muerte– en una persona distinta a la que generó la emoción violenta, v. gr. un hombre casado al enterarse la infidelidad de su mujer no solo mata a su cónyuge, sino también a su hija de dos años[21].

Creemos que una interpretación adecuada y razonable del privilegio atenuatorio debe llevar únicamente a disminuir la responsabilidad en los casos que el acto de matar se relacione y vincule con la persona cuyo comportamiento genera la circunstancia; descartándose en aquellos supuestos en los que la acción de matar, presa de la ira, afecta a terceros inocentes.

b. Circunstancias aptas o adecuadas para producir la emoción

En el homicidio por emoción violenta no basta constatar la manifestación del estado psíquico y la presencia de hechos o circunstancias externas de manera aislada. Es necesario exigir la relevancia y conexión entre las circunstancias y la emoción en una suerte de relación causal. Las circunstancias excusantes de la emoción deben ser cronológicamente anteriores o concomitantes a esta y nunca sobrevinientes. No es suficiente la existencia de una condición externa ni la respectiva emoción violenta, dado que se requiere comprobar una **relación de riesgo** entre

---

[20] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 87.

[21] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2222-2003, del 3 de octubre de 2003.

una y otra, llamada también por otros causa eficiente[22] o relación de proporción[23].

En el examen de la eficacia de las circunstancias en la producción de la emoción, existen diversas posturas que en ocasiones tienen semejanzas, pero que en oportunidades poseen una abierta contraposición. Al respecto, puede contrastarse la manifestación de dos criterios básicos que tratan de resolver la aptitud de las circunstancias como generadoras del estado emocional. Uno de ellos puede llamarse criterio subjetivo y el otro puede recibir el nombre de criterio objetivo. Estas posiciones no impiden la aparición de algunas otras variantes hermenéuticas de naturaleza mixta.

b.1. El criterio subjetivo

El criterio subjetivo o psicológico señala que no es importante detenerse en el análisis de las circunstancias, pues mayor trascendencia tiene la constatación de la emoción violenta. La excusabilidad o atenuación del homicidio no derivaría tanto de acciones externas provocadoras sino del estado psicológico que impulsa al autor a cometer el crimen. Las circunstancias no serían más que un pretexto para la plena justificación de un estado psíquico determinado.

Poco interesa aquí observar la relevancia del mundo externo y sus circunstancias en el autor del delito, ellas siempre van a existir como condicionamientos materiales positivos o negativos. Lo importante es destacar la fuerza excusante de la emoción violenta, fenómeno que pertenece a la espiritualidad del agente. De tal forma que la constatación de una relación de riesgo entre las circunstancias y la emoción es innecesaria, pues más que lograr la afirmación de aquella es necesario comprobar la existencia de la emoción. Pese al mérito de esta tesis, al resaltar el efecto excusante de la emoción como elemento atenuante perteneciente a la subjetividad del delincuente, las objeciones no tardarán en surgir.

---

[22] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 81.

[23] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 70.

De ser aceptado este criterio bastaría comprobar la manifestación de un temperamento violento, o emocionalmente alterado, para plantear la eficacia atenuaria del homicidio. Entonces, todo aquel sujeto que mate emocionado podrá exigir una pena inferior respecto a la figura básica del homicidio. Basta reflexionar en aquel que ejecuta el hecho, teniendo una conciencia alterada o anímicamente perturbada, para percibir que siempre será atenuado cualquier homicidio cada vez que concurra la emoción violenta.

De esta forma, y siendo consecuente con el planteamiento descrito, bien podría sostenerse que el homicidio por emoción violenta posee, respecto al homicidio simple, una mayor frecuencia práctica que convertiría a este en una especie extraña; tesis ciertamente insostenible. Además, de asumirse el criterio subjetivo, al criminal le bastaría alegar la emoción violenta para lograr una pena atenuada sin que sea necesario constatar la concurrencia o no de acciones externas que la generen o la convierten en comprensible.

La emoción sería una suerte de **atenuante obligatoria** injusta que más que favorecer al Derecho alienta el incremento de la criminalidad.

b.2. El criterio objetivo

Por su parte, el criterio objetivo resalta la importancia decisiva de las condiciones externas en el fundamento de la emoción violenta. El sustento del homicidio atenuado no solo es la manifestación de un estado psíquico particular sino que es necesario exigir que la emoción violenta aparezca motivada por circunstancias independientes al autor del delito. La emoción solo atenúa cuando nace a raíz de la aparición de ciertas condiciones externas que la hacen excusable.

Estas circunstancias externas no tienen por qué mirar al agente particular, pero sí al caso concreto respecto a si el autor efectivamente se emociona o no. Se debe enfatizar en un patrón objetivo e impersonal que excluya cualquier factor que dé lugar a la arbitrariedad y a la incertidumbre judicial.

Es necesario exigir que frente a determinadas condiciones y circunstancias externas, cualquier ciudadano pueda emocionarse y ver su conciencia alterada. La emoción violenta debe ser aquella que experimentaría, en las mismas circunstancias excepcionales, toda persona respetuosa del orden jurídico[24].

El criterio propuesto sugiere un método comparativo entre quien comete el homicidio y un hombre medio, el cual en las mismas circunstancias cometería el mismo delito o se dejaría arrastrar por el imperio de la emoción. Frente a la perpetración de un homicidio, el juez debe preguntarse si dadas las mismas condiciones o circunstancias un hombre también se emocionaría y sería capaz de mover su brazo cometiendo un crimen de esa magnitud.

Con arreglo a esta postura se evita facilitar una vía de atenuación a cualquier persona, que por su temperamento irascible e iracundo no dudaría en matar cuando se halle frente a un estímulo externo, sea cual fuere su valor o entidad. Sin descartar las mayores ventajas que posee el postular un criterio de esta naturaleza, al brindar una mayor y mejor seguridad jurídica, es conveniente reparar en algunas objeciones que pueden extenderse a esta tesis.

Así, cabe censurar que de aceptarse dicha postura se traería por tierra el concepto de emoción violenta como fenómeno psíquico individual, por cuanto más que resolver si concurre en el caso concreto la emoción, se preguntaría si un hombre medio, distinto al autor del delito, también se hubiera emocionado para luego matar.

El estado psíquico que el Derecho excusa dejaría de fundarse en la naturaleza peculiar del hombre vivo y corriente para constituir un dato de seguridad, perteneciente a una valoración hipotéticamente objetiva, la cual posee en realidad un contenido de ficción y mera apariencia que el sentido común desaprueba. No se resuelve el problema legal preguntando si el hombre envuelto en su circunstancia, peculiar e irrepetible,

[24] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 96.

efectivamente mató, o si otro hombre, ajeno a la relación espacio (-)temporal de la víctima y el autor, hubiese matado en su lugar.

De este modo, se cometería una doble perversión jurídica: por un lado se despersonalizaría la vivencia íntima, peculiar y subjetiva de la emoción para preguntar si otro se hubiese emocionado[25] y, por otro lado, se convertería al hombre empírico en un potencial homicida, en caso se contemple que también él se hubiese emocionado. No se juzga en verdad a quien mató en concreto, sino la justicia se administra a través de un espejo o un velo: *el hombre medio*, quien nos podrá decir, en el mejor de los casos, si alguien en su posición de extraño se emocionaría; pero nunca si el autor del homicidio verdaderamente mató al ver alterada su consciencia en virtud de la presencia de un estado emocional.

Tanto el expediente que se basa exclusivamente en un prurito subjetivo o psicológico, como el que se funda en un criterio estrictamente objetivo, están condenados al fracaso.

Ninguno de ellos permite esclarecer la problemática de la aptitud o adecuación de la(s) circunstancia(s) que provocan o generan el estado de emoción violenta, toda vez que, si no pervierten la esencia del fenómeno psicológico, dan pie a una excusa de carácter general extensible a todo homicida emocional.

b.3. El criterio mixto

Tomando partido, y alejándonos de posiciones radicales, es que postulamos un **criterio mixto** capaz de satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y los requerimientos ontológicos de toda vivencia humana. Llamamos a esta postura criterio **objetivo-subjetivo** el cual se caracteriza por valorar adecuadamente las circunstancias que originan la emoción y el fenómeno psíquico aludido como su natural con-

---

[25] La emoción humana es una vivencia psíquica personalísima, íntima que no se puede repetir con la misma intensidad y contenido en otro ser humano. La emoción pertenece al individuo que la vive, ya sea con morigeración o con la violencia descrita en la ley.

secuencia. Dicha postura pretende rescatar los aportes más valiosos de una y otra tesis, excluyendo aquellas premisas que representan un flanco débil y que soportan las más duras críticas.

El criterio objetivo-subjetivo plantea la necesidad de analizar si dadas las circunstancias y condiciones externas una persona cualquiera, inmersa en la situación vital, sería capaz de emocionarse o sufrir una alteración que afecte las funciones intelectuales o volitivas del sujeto, provocándole un desequilibrio anímico.

En un primer nivel de análisis se preguntará, dadas las múltiples condiciones que influyen sobre el hecho, si un individuo también hubiera atravesado por una alteración en su orden psíquico o emocional, lo cual no implicaría la sustitución del autor del delito por otro individuo, ajeno a la relación autor-víctima, sino la consideración de un elemento necesariamente objetivo que permita una adecuada ponderación de las circunstancias en el estado anímico de la persona.

La asunción de este postulado impide la filtración de un lamentable psicologismo que, más que prestar apoyo a la imparcialidad y a la seguridad jurídica, facilita la aparición de un «sistema» emotivo en los delitos de homicidio. Por otro lado, en un segundo nivel de análisis posterior en términos cronológicos a la comprobación objetiva, se exige que en la mensuración de la emoción se tenga en cuenta un criterio subjetivo capaz de valorar la condición personal e irrepetible del autor del homicidio en las circunstancias concretas.

Constatado el primer requerimiento se pasa a un segundo nivel de análisis, en el que se contemplará la intensidad de la vivencia emocional en el autor del delito que, al ser de una magnitud grave e intensa, origina la presencia del homicidio atenuado. En este segundo plano se observará a la emoción en su repercusión individual, incidiendo en el grado de la vivencia psíquica sin referencia alguna a otro criterio adicional. Con ello se enfatiza en la naturaleza personal, íntima e irrepetible de todo fenómeno anímico en la que se incluye obligatoriamente la emoción.

Lejos estamos de despersonalizar una esencia de por sí indivisible e íntima, como es la emoción, remitiéndola a patrones diferentes a los estrictamente subjetivos, dado que incurriríamos en un grueso desconocimiento de los elementos ontológicos de toda vivencia anímica como es la **irrepetibilidad y subjetividad** de la emoción en una persona, lo cual impide que esta sea trasladada a otro ser humano.

Así como una persona nunca puede bañarse en una misma agua, así también la intensidad de una emoción nunca puede ser repetida, con idéntica fuerza, en otra persona que no sea la que la vivió. En el homicidio por emoción violenta se debe resolver primero si una persona media, puesta en el lugar del autor del homicidio, también se hubiese emocionado, para luego, observando el caso concreto, contestar si la emoción ha sido de tal magnitud o intensidad que merezca ser considerado como un especial supuesto de atenuación[26].

En la apreciación de las circunstancias que provocan el estado emocional se debe tener en cuenta un **criterio histórico-cultural** siempre cambiante y el tránsito de una época a otra. Basta ver que las circunstancias que mueven al hombre en la asunción de una conducta varían cuando se modifican los presupuestos sociales, éticos o políticos, para darnos cuenta que la respuesta personal, traducida en un comportamiento determinado, no es la misma y la valoración debe ser esencialmente diferente.

El juzgador debe considerar la totalidad de las circunstancias vividas por el autor, las cuales pueden hallarse constituidas por situaciones morales, económicas, sexuales, hasta climáticas, que pueden incidir favorablemente en la aparición de la emoción. En el enjuiciamiento de las circunstancias externas se debe ponderar las normas de comportamiento socialmente vigentes que pueden causar un fenómeno afectivo en una persona común, sin que interese, hasta una etapa posterior, el grado o la intensidad de la emoción violenta.

---

[26] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 89, quien emplea el término premisa mayor para referirse a las normas de cultura social que influyen en la producción de la emoción y premisa menor para la consideración de la personalidad.

b.4. ¿Las circunstancias externas deben tener un contenido ético?

Poco importa si las circunstancias provocadoras de la emoción tienen un contenido ético o moral, como exigía algún autor del primer cuarto del siglo XX[27], criterio que se extendió prolijamente en nuestra jurisprudencia. No interesa que el autor se emocione exclusivamente por una ofensa o agravio inferido a su honor, buena reputación o dignidad, pues la exigencia legal se reduce a requerir una emoción generada por las circunstancias, independientemente de su **clase, contenido u origen**. El honor no es más que una de las manifestaciones que pueden ser afectadas por las circunstancias y que, por cierto, poseen una extensión más amplia.

Sin embargo, el rechazo al criterio ético como factor regulador de las circunstancias excusantes no es total, simplemente se reduce a excluirlo como único patrón que no se compadece con la amplia formulación legal. Este postulado no implica que se abandone íntegramente el criterio ético, pues representa un criterio de orientación que puede ser utilizado en una correcta interpretación de la ley.

La apelación a un expediente de naturaleza ética permite excluir cualquier **motivación baja o fútil**, como es el caso del móvil egoísta, o de aquel ladrón que al verse descubierto por el dueño, de la propiedad tiene una emoción intensa que le impele a la perpetración de un homicidio.

La jurisprudencia suprema ha tenido la oportunidad de negar la aplicación de la atenuante de la emoción violenta por el hecho de que: «*Ha quedado demostrado que el procesado tenía una relación amorosa con la prima hermana de la agraviada, con quien llegó a procrear una niña y al haberse enterado la agraviada de ello, producto de los celos que le producía este hecho, le reclamó por su infidelidad, lo cual motivó para que el día de los hechos, luego de desencadenarse una fuerte discusión sobre este hecho entre la pareja de este drama penal, es que el procesado dio muerte a la agraviada*»[28].

---

[27] Vide RAMOS, Juan, «Significado de término 'emoción violenta'», en *Revista del Colegio de Abogados de Lima*, 1934, pp. 234 y ss.

[28] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 4554-2005, del 12 de abril de 2006.

Las circunstancias provocadoras de la emoción deben ser **comprensibles o razonables**, de tal forma que una persona cualquiera, puesta en las circunstancias del autor, también vería afectada su conciencia, v. gr. infidelidad[29]. Aquí los criterios rectores de mínima licitud, juridicidad, contenido ético o conducta socialmente adecuada nos brindan un apreciable servicio en la valoración de las circunstancias y la posibilidad de plantear el homicidio por emoción violenta.

b.5. ¿Las circunstancias externas deben ser graves?

Cuando las circunstancias externas provocan el estado de emoción violenta, la primera idea que viene a nuestra mente es la **cierta gravedad** de esas circunstancias, las cuales ejercen una presión e influencia poderosa en la psique del agente. La gravedad de las circunstancias constituyen una *conditio sine qua non* en el planteamiento del homicidio por emoción violenta que no puede faltar.

El juzgador tiene que realizar una doble pregunta, por un lado determinar si el homicidio se cometió a raíz de una perturbación emocional en el agente y, por el otro, precisar si ese estado emocional se debió a la presencia de circunstancias externas suficientemente graves como para producirlas.

Debe descartarse aquellas condiciones que, provocando el fenómeno emocional, no son graves sino de poco valor objetivo y en donde pueden ocultarse motivos fútiles o situaciones que nada tienen de extraordinario como las bromas o discusiones intrascendentes[30].

La gravedad de las circunstancias debe tomarse entonces como una exigencia jurídica y un requisito de justicia. Sin embargo, vale precisar que la gravedad de las circunstancias tampoco deben ser extremas, como una agresión física injustificada o un ataque a nuestra vida, porque vistas las cosas, el estado emocional creado sería desplazado por la aparición de la legítima defensa.

---

[29] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005.

[30] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 71; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 48.

Sin embargo, la jurisprudencia suprema peruana confunde muchas veces los alcances de la legítima defensa y la emoción violenta [31].

b.6. ¿Debe haber una relación de causalidad entre las circunstancias excusantes y la emoción violenta?

Creemos que la incidencia de las circunstancias en la psique del agente no puede compararse con la relación de casualidad propia de las ciencias de la naturaleza, dado que en la generación del estado emocional no actúan solo elementos mecánicos sino criterios valorativos y de estimación, pertenecientes al mundo del espíritu.

El hombre no se emociona debido a que actúan sobre él fuerzas mecánicas y ciegas sino porque ingresan a tallar la totalidad de elementos de la vida anímica, en especial el mundo de los valores como el honor y la dignidad. Más que hablar de una relación de casualidad entre las circunstancias y el mundo emocional se debe hacer referencia a una «*relación de comprensión psíquica*» que valore la afectación de las circunstancias externas en la producción del estado emocional.

Tanto el psicólogo como el jurista no pueden encontrar una *relación de causalidad* entre las circunstancias y el fenómeno emocional porque de ser así frente a determinadas condiciones, o hechos externos, la reacción emocional siempre sería la misma, cuestión ciertamente absurda e ilógica.

Resulta más apropiado hablar de una *relación de comprensión del complejo de circunstancias y el estado emotivo*. La tarea que se debe realizar, por

---

[31] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 4511-99 de fecha 24 de abril de 2000 en la que se describe «*Que, se imputa al encausado el haber dado muerte a Lizardo Soto Escobedo, en circunstancias que este, empleando un arma de fuego, pretendía compelerlo a practicar relaciones sexuales contra natura, hecho ante el cual el referido encausado opuso tenaz resistencia, produciéndose dos disparos como resultado del forcejeo surgido entre ambos, los cuales causaron la muerte del agraviado, ante este hecho, Arenas Otiniano optó por huir de la escena del crimen a bordo del vehículo automotor de la víctima, el cual fue ubicado y recuperado por la policía*». Como puede verse de la narración de los hechos probados de la sentencia nos encontramos más cerca de la legítima defensa que de la emoción violenta. Correctamente en la ejecutoria sSuprema fijada en el R.N. Nº 1276-97, de fecha 8 de enero de 1997.

encima de encontrar una causa y un efecto, es valorar convenientemente la experiencia vivencial respecto a las circunstancias que la rodean.

La doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, describen los principales supuestos del homicidio emocional, destacando algunos casos generalmente aceptados. Así, pueden citarse los homicidios cometidos por el *maltrato de la víctima al autor del delito, la producción de daño físico o moral a los parientes más cercanos del autor.*

Deben contarse también las ofensas injustificadas al honor de la víctima o el caso judicial del amante que mata al marido en un *raptus* emocional cuando maltrataba a su mujer[32]. Asimismo, debe mencionarse el supuesto, reconocido por nuestra jurisprudencia, del cónyuge que mata a su mujer al encontrarla manteniendo relaciones sexuales con su amante[33].

b.7. El tiempo como factor entre las circunstancias excusantes y la producción de las emociones

El tiempo es un índice utilizado por los tribunales en la determinación del homicidio por emoción violenta. La judicatura exige una contemporaneidad y cercanía entre las circunstancias externas y la aparición del fenómeno psíquico.

Si se tiene en cuenta que la emoción violenta es un hecho posterior, o al menos concomitante a las circunstancias excusantes, es comprensible exigir una relación de inmediatez entre estas y aquella.

Se afirma, muchas veces, que la emoción violenta debe surgir inmediatamente a la aparición de las circunstancias sin que pueda existir entre una y otra una situación de lejanía temporal. La idea que se encuentra como trasfondo del criterio glosado presupone la aplicación general de una regla de la experiencia por la cual frente a ciertas cir-

---

[32] In extenso: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 81 nota 216, quien realiza una acertada crítica a Ramos, autor que niega la eficacia atenuatoria del caso propuesto.

[33] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 96.

cunstancias es común la **excitación inmediata, súbita y repentina de la psique**[34].

Por otro lado, la dilatación del tiempo trae consigo el riesgo de la premeditación y la sed de venganza, móviles antisociales que no pueden encontrar amparo en el Derecho y menos esconderse tras la emoción violenta[35].

Sin embargo, lo cierto es que el enunciado descrito no es del todo correcto dado que la emoción violenta puede ser posterior respecto a las circunstancias que la provocan. Esta clase de reacciones emotivas diferidas tienen en su composición una serie de elementos que se exteriorizan. Vale citarse, por ejemplo, el caso del esquizotímico quien tiene una reacción retardada respecto a un estímulo externo.

También debe tenerse en cuenta la compresión de la provocación por parte del autor del homicidio, la cual suele tardarse y no coincidir temporalmente con la producción de la provocación, desencadenante de la emoción violenta. La comprensión de las circunstancias externas puede aparecer posteriormente a la producción de estas, toda vez que, a efectos del homicidio atenuado, solo importa que el estado emocional surja a raíz de ciertas condiciones externas, sin que sea relevante el tiempo de su producción y comprensión.

De otro modo, el fundamento del homicidio por emoción violenta residiría en un necesario «*obrar sin demora y matar a prisa*», el cual, más que beneficiar al hombre respetuoso de la ley, serviría de excusa al intemperante y al sujeto fácilmente irascible. La ley no puede ser malvada; no puede ser tan inmoral que le diga al individuo: mata rápido, que si no, no te beneficia el privilegio legal[36].

---

[34] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 143-2003, del 9 de abril de 2003; R.N. Nº 904-98 de fecha 15 de junio de 1998.

[35] In extenso: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 143-2003 del 9 de abril de 2003.

[36] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 91.

La norma penal exige que la emoción violenta sea provocada comprensiblemente por circunstancias externas y no presupone ninguna exigencia adicional como la contemporaneidad de las condiciones con el estado emotivo.

Este requisito, si bien puede ser deducido a partir del análisis de la experiencia, no tiene mayor sustento legal, de allí que sea contrario al espíritu de la ley acudir a este expediente, por cuanto el autor del homicidio recién pudo haber captado el significado de un hecho en una reflexión posterior. ¿Quién nunca observó o tuvo alterada su voluntad y vio surgir una emoción violenta luego de un tiempo de sucedidas las circunstancias externas, cuando recién comprendió el real significado de las mismas? ¿Qué ser humano nunca tuvo una reacción emocional diferida? Creemos que todos. Por ello, mal haríamos en exigir una inmediatez temporal entre las circunstancias excusantes y la emoción violenta.

Sin embargo, es imprescindible que el estado psicológico de la emoción violenta coincida con la ejecución del homicidio. No obstante, suele ocurrir que una vez comprobada la existencia de las circunstancias externas y la emoción violenta este último requisito falte en el momento de ejecución del crimen. De ser así, el juez debe negar el efecto atenuatorio de la figura en comentario.

El intérprete debe tener cuidado en exigir siempre una coincidencia temporal entre la emoción violenta y la consumación del acto de matar[37].

c. Falta de provocación intencional de las circunstancias excusantes por parte del autor del homicidio[38]

Un requisito esencial del homicidio por emoción violenta, no descrito en la ley pero lógicamente deducible de su espíritu, es que la con-

---

[37] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 63, nota 29; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 49.

[38] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 94: Este presupuesto es conocido también como «*justificación subjetiva de la emoción*».

dición externa provocadora de la emoción, esto es la circunstancia excusante, no sea buscada intencionalmente por el autor del homicidio. Con la asunción de este criterio el Derecho evita que se beneficie con el privilegio al malvado que construye una aparente circunstancia existencial para dar rasgos de licitud a su propósito criminal.

El autor que mata creando previamente una situación excepcional y que cae en la órbita de las circunstancias excusantes, no puede ampararse en el homicidio atenuado del artículo 109°, puesto que no se obró por una emoción violenta, sino en virtud de una situación fingida, y por tanto inexistente, la cual denuncia solo un pretexto de emoción violenta.

La falta de provocación intencional es un requisito que se refiere a las circunstancias excusantes en cuanto estas no deben ser buscadas o inducidas por quien alega la atenuante, dado que el impulso de la reacción no provendría de la irritación psíquica sino de la propia conducta.

Distinto es el caso, sin embargo, de aquellos sujetos que son conscientes o perciben la posibilidad de concreción de una emoción violenta cuando descubren, en el supuesto que exista, una situación que los perjudica directamente, v. gr. el marido que sospecha la infidelidad de su cónyuge realiza un seguimiento minucioso que culmina con el develamiento del adulterio, la aparición del *shock* emocional y la consumación del homicidio. Aquí, el individuo se halla en la disyuntiva de mantenerse en la duda o descartarla, corriendo el peligro de sufrir una descarga emocional capaz de desencadenar el homicidio en caso sus temores sean fundados.

En las hipótesis descritas es necesario separar las circunstancias excusantes (el adulterio) de su conocimiento para lograr una solución plenamente satisfactoria. En efecto, si reparamos en el hecho del adulterio junto a la búsqueda de disipar las dudas tendríamos que el marido sería supuestamente el responsable de la emoción violenta y no podría alegarse la atenuante[39].

---

[39] En este sentido: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2816-2003, del 12 de enero de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 235.

La jurisprudencia suprema ha tomado esta orientación al señalar que: «*Teniendo en cuenta las propias versiones del acusado, sostenidas en el decurso del proceso, se advierte que sospechaba del comportamiento deshonesto de su cónyuge, por la abstención en el trato sexual, las aseveraciones personales que le profería, asimismo por los comentarios escuchados días antes de los sucesos; por lo que, al preexistir esta circunstancia en la mente del agente, elimina la supuesta causa provocadora (celos) de su reacción posterior*»[40]. Lo mismo ha señalado que: «*El conocimiento previo por parte del autor del homicidio emocional, es decir que la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto, lo que tampoco concurren en el caso de autos, así como lo ha manifestado el propio acusado tanto en su manifestación policial y judicial*»[41].

Sin embargo, cuando contemplamos que una cosa es la circunstancia excusante del adulterio y otra muy distinta es su conocimiento y la búsqueda de certeza, podemos alegar el privilegio del artículo 109°, dado que **el marido no creó, ni forjó la circunstancia provocadora de la emoción, sino solo la conoció**.

El autor del homicidio emocional puede, asimismo, advertir o sospechar de un indicio o una circunstancia premonitoria de una situación más grave que al ser descubierta va a desencadenar un efecto lamentable, lo cual no es impedimento para dejar de plantear el homicidio atenuado, pues, como en el caso anterior, el agente no interviene en la creación de esa circunstancia, sino tan solo la conoce.

En síntesis: el requisito de la falta de provocación intencional de la circunstancia excusante exige que el autor del homicidio **no haya intervenido ni buscado la situación intencionalmente con el objetivo de aprovecharse**. De ser así, el privilegio desaparecería dando lugar a la calificación de homicidio simple o parricidio. Ello no obsta, sin embargo, a que el agente busque conocer con certeza determinadas circunstancias sobre las cuales duda o que, incluso, pueda representarse las consecuencias de ese conocimiento tales como la emoción y el homicidio mismo.

---

[40] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 2222-2003, del 3 de octubre de 2003.

[41] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 904-98, del 15 de junio de 1998.

En el homicidio atenuado es necesario que al autor del ilícito no se le pueda atribuir la causa o el origen intencional de las circunstancias como cuando provoca, incita o facilita, a sabiendas, la aparición de las condiciones externas de cuya realidad se servirá para alegar el privilegio atenuatorio.

Quien concurre a un determinado lugar sabiendo que es un sitio de pendencias y riñas constantes, difícilmente podrá plantear la figura de la emoción violenta.

Un problema mayor está dado por el caso en el que una ofensa o agravio inmerecido, capaz de engendrar un estado emocional violento, es tolerado y permitido previamente; sin embargo, ante la repetición del acto se termina matando, v. gr. el marido que lleva con pesar la infidelidad de su mujer por amor a sus hijos, toma conciencia de su proceder oprobioso y en un rapto de ira mata a su esposa infiel. En la solución del caso descrito pueden concurrir dos opciones.

La primera puede plantear la inexistencia del homicidio emocional fundado en la tolerancia del adulterio por parte del marido, cuestión que deja de lado la apelación a un rapto emocional, dado que quien perdona renuncia ex profesamente a iniciar futuras represalias o simplemente porque el marido al tolerar dichos actos, muestra indiferencia o resignación, incompatibles con la emoción violenta[42].

Una segunda solución, que suscribimos íntegramente, plantea la existencia del homicidio por emoción en razón al sufrimiento que implica el agravio inmerecido al autor, quien tiene que soportar por largo tiempo el perjuicio moral y psicológico del adulterio, circunstancia que tiende a socavar su personalidad colocándola en un conflicto que, por lo general, desencadena tanto una emoción violenta como la producción de la muerte de la infiel.

No parece correcto aceptar del todo la regla, según la cual, la tolerancia o el perdón de la infidelidad excluye la excusabilidad de emo-

---

[42] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 94 nota 260.

ciones ulteriores; por cuanto, es posible que la atenuante subsista por encima del perdón anterior[43].

VII. TIPO SUBJETIVO

1. Dolo y emoción

Si bien en el homicidio privilegiado (artículo 109°) existe una disminución de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) a raíz de la presencia de una emoción violenta es de hacer notar que la concurrencia de dicho estado deja intacta la calidad dolosa de la conducta[44]. Nada obsta para sustentar la compatibilidad entre la emoción violenta y el dolo, pues se trata de categorías penales que no se excluyen ni se repelen.

En el homicidio por emoción violenta el dolo puede manifestarse en sus diversas modalidades, ya sea como dolo directo de primer o segundo grado o como dolo eventual, lo cual no impide, sin embargo, la eventual utilización de la antigua referencia al elemento subjetivo propio de los delitos emocionales conocido como **dolo de ímpetu** que se caracteriza porque «*la acción sigue inmediatamente a la decisión o intención ya sea que uno obre por reacción imprevista o por impulso instantáneo de una pasión ciega*»[45]. En todo caso se debe advertir que su apelación puede conducir a lamentables confusiones derivadas de la distinta pertenencia del dolo y la emoción tanto el tipo como a la imputabilidad, respectivamente.

2. El error en el homicidio por emoción violenta

Un problema a resolver en el homicidio privilegiado del artículo 109 es el referido al error sobre las circunstancias excusantes, más aún

---

[43] En contra: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 95.

[44] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 74-2003, del 24 de marzo de 2003.

[45] Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 593; ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, T. III, p. 358, quien define al dolo de ímpetu como «el dolo que se manifiesta en una conducta agresiva contra la integridad física de una persona y que a causa de la superposición de la resolución y la acción abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o varios resultados».

cuando la conciencia, inherente al dolo, debe comprenderlas, v. gr. el marido cree que su esposa le es infiel luego de contemplar un afectuoso abrazo y beso de despedida que prodiga a un primo suyo, desconocido por él. En el supuesto descrito, el autor se halla inmerso en un estado afectivo emocional creado por una equivocada percepción de la realidad.

La emoción violenta existe y es real, lo que falta, y allí radica el error, son las circunstancias excusantes, las que el autor del homicidio supone concurren. La pregunta a contestar es cuál será la calificación jurídica que debe imponerse a esta clase de error.

La respuesta no es sencilla. En primer lugar, debe analizarse si existe o no un error sobre las circunstancias que se catalogará como error de tipo en caso concurra, cuestión que se complica si se tiene en cuenta que no se trata de un error común y corriente, que se castiga como delito culposo, sino de un error sui géneris que remite a la calificación del tipo básico (homicidio simple o parricidio). Tal proceder importa una visible agravación a la responsabilidad del agente. No se trata de un error que beneficia al autor sino de un error que lo perjudica al castigarle por homicidio simple.

A fin de evitar esta absurda aplicación del error es que la legislación y doctrina comparada, particularmente la alemana, establece en su artículo 16° inciso 2 del Código Penal que el autor que supone, equivocadamente, la existencia de elementos privilegiantes (circunstancias excusantes en el caso del artículo 109°) debe ser castigado del mismo modo que si su representación fuera correcta. Con arreglo a este criterio la pena a imponer no sería la referida al tipo básico sino la que corresponde a la representación del autor[46].

[46] El artículo 16º, inciso 2, del CP alemán vigente señala que «podrá ser penado por la comisión dolosa, según la ley más benigna, quien en la comisión del hecho suponga erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna». Vide la traducción de la norma citada inserta en STRUENSEE, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 109.

El proceso de subjetivización de las atenuantes descritas, trae consigo que la sanción que se aplica sea la del **tipo privilegiado**, dándose prioridad al aspecto subjetivo sobre la tipicidad objetiva[47]. Aun cuando seamos los primeros en plantear esta discusión dogmática en nuestra patria, es necesario mostrar nuestra inclinación por el tratamiento atenuado del error sobre un tipo privilegiado; de manera tal que un error sobre las circunstancias excusantes dejará intacta la calificación de la conducta dentro de este homicidio privilegiado[48].

Otro problema dogmático a resolver es aquel donde se invierten los términos del caso anterior, esto es, se mata en un estado emocional pero desligado de las circunstancias excusantes, que si bien existen, el agente las desconoce. A diferencia del supuesto anterior, aquí existe el elemento objetivo, pero falta el conocimiento de la concurrencia de las circunstancias atenuantes. La solución correcta tiene que descartar el homicidio privilegiado y calificar la conducta en el homicidio simple o parricidio, dado que el desconocer las circunstancias generadoras del privilegio equivale a su inexistencia.

En efecto, ¿cómo puede castigarse por un homicidio atenuado al agente que obró no por una causa externa concurrente pero desconocida, sino por la propia intemperancia de su carácter?. Sin embargo, puede aplicarse la atenuante de la alteración de la conciencia (artsículos 20° y 21° del Código Penal).

VIII. IMPUTABILIDAD

1. La emoción

a. La emoción como criterio de imputabilidad

El requisito legal de la emoción violenta tiene un carácter imprescindible en la figura atenuada del artículo 109° Su correcta ubicación

---

[47] Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 405 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 416.

[48] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 44.

dogmática ha de plantearse a nivel de la **imputabilidad disminuida**, descartándose cualquier criterio que la vincule con la tipicidad[49] ya sea objetiva o subjetiva.

La emoción violenta es una característica esencial de cuya existencia el legislador hace depender la consecuencia atenuatoria del homicidio privilegiado contenido en el artículo 109°.

Su trascendencia es de tal magnitud que aun faltando las circunstancias objetivas excusantes, pero siempre que concurra el estado emocional violento, el privilegio atenuatorio debe concederse en el caso de defectuosa representación o error recaído sobre aquellas circunstancias.

La benignidad de la pena impuesta por el artículo 109° del Código Penal tiene una naturaleza básicamente subjetiva tal como reconoce la mejor doctrina penal[50] por cuanto, aun concurriendo las circunstancias excusantes exigidas por la ley pero faltando la alteración del ánimo, el efecto atenuatorio no puede prosperar, ni plantearse. Es más, el juez penal cuando resuelva un homicidio en cuya calificación se alegue el artículo 109° debe buscar primero comprobar la existencia de la emoción violenta y luego examinar si concurren o no las circunstancias excusantes.

b. Definición

La emoción es una reacción afectiva provocada por objetos que conmueven el ánimo de una manera particular, surgen súbitamente y, por lo general, son de corta duración[51]. La emoción es un disturbio o alteración aguda del individuo que se revela en la conducta y en la experiencia consciente, así como en amplios cambios en el organismo

---

[49] Incorrectamente: FONTÁN BALESTRA, Carlos, voz «Emoción violenta», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. IX, p. 1017; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 98, autor que ubica a la emoción violenta dentro del tipo legal subjetivo, confundiendo, así, los niveles de la tipicidad con el de la culpabilidad.

[50] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 65.

[51] Vide sobre la emoción: DELGADO, Honorio e IBERICO, Mariano, *Psicología*, Barcelona, 1961; DUMAS, George, *Nuevo tratado de psicología*, Buenos Aires, 1948; RADECK, Waclaw, *Tratado de psicología*, Buenos Aires, 1961; DWELSHAUVERS, Jorge, *Tratado de Psicología*, Gustavo Gili Editor, Barcelona, 1930; KRECH, Crutchfield, *Elementos de Psicología*, Madrid, 1961.

visceral (músculos lisos, glándulas, corazón y pulmones) y es causada por factores existenciales en una situación psicológica[52].

El estado afectivo emocional tiene un contenido orgánico o físico, así como un contenido espiritual. El primero se manifiesta a través de los cambios viscerales, en la tensión de los músculos y la respiración pulmonar[53], así como en la presencia de **sudor, lágrimas, secreción de saliva, respiración irregular, frecuencia en la orina o una simple palidez en el rostro**. Por su parte, el contenido espiritual se caracteriza por ser una experiencia predominantemente subjetiva que pertenece a la actividad psicológica, la cual no se representa o se intelectualiza sino que se vive como fenómeno íntimo, tan individual como irrepetible.

En la generación e intensidad de la emoción como vivencia psicológica, tiene una decisiva importancia la relación existente entre el ambiente o mundo circundante con el organismo y la personalidad del agente (**situación psicológica**) de tal manera que con frecuencia el estímulo del medio, condiciona, supedita y favorece una eventual respuesta individual. Los transtornos emotivos se hallan ligados estrechamente al mundo cercano e inmediato del sujeto como son los factores educativos, los problemas de salud, el reajuste personal, el ambiente familiar, la edad, el clima, el colegio o la universidad, etc.

El estado emocional si bien es una vivencia evidentemente subjetiva posee manifestaciones que favorecen su reconocimiento tales como un proceso de aprendizaje lento o retardado, la modificación de ciertas actividades motrices (velocidad, coordinación y estabilidad), la presencia de movimientos musculares excesivos y un cambio notable en las glándulas y músculos.

---

52 Vide YOUNG, Paul Thomas, *La emoción en el hombre y en el animal*, p. 75.

53 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004 del 25 de mayo de 2005 en la que describe que: «*La atenuación en el delito de homicidio por emoción violenta se funda en ciertos fenómenos de la vida afectiva, que se caracterizan por su elevada intensidad y que, según indica la psicología, van acompañados de una compleja y difusa serie de manifestaciones somáticas –principalmente de índole neurovegetativas–, reveladores de la descarga de fuentes energéticos, todo lo cual origina una disminución de la culpabilidad del sujeto de la descarga*».

El mundo de las emociones es muy variado. Las más comunes son **el miedo, la rabia, el júbilo, la ira, el amor, el odio, la tristeza, los celos**[54] **y el deseo**. Si bien ninguna emoción puede descartarse *ad limine* en la provocación de un *shock* emotivo inductor a un homicidio, debe de apuntarse que las más comunes en estos casos son la cólera o ira y el miedo.

c. El procedimiento de constatación de la emoción

Las condiciones externas no tienen la importancia de la emoción violenta que bien puede generar la atenuación de la penalidad ya sea apelando al homicidio privilegiado del artículo 109° o al homicidio simple del artículo 106°. En realidad nada se logra si primero se constata la presencia de las circunstancias excusantes, si luego se comprueba que el homicidio producido no se debió a un estado de emoción violenta, pues se corre el riesgo de incurrir en una tarea ociosa como es el certificar la existencia de las condiciones externas provocadas pero que no producen alteración alguna en el ánimo del agente.

De allí que se recomiende acudir a un expediente inductivo que atraviece el análisis del aspecto subjetivo hasta llegar a la comprobación objetiva de las condiciones excusantes. Se trata, en síntesis, de comprobar primero si existe o no emoción violenta y luego demostrar la concurrencia de las circunstancias excusantes.

d. Los indicadores objetivos del homicidio por emoción violenta

Desde una perspectiva jurídica, el análisis de ciertos elementos, que se desempeñan como datos indiciarios, pueden ayudar a precisar si en el caso concreto existió o no un estado de emoción violenta[55].

Estos datos indiciarios son:

---

[54] Un ejemplo de homicidio por emoción violenta causado por los celos se describe en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 815-2002 del 4 de junio de 2002 «*al enterarse que la víctima, quien era su conviviente, mantenía relaciones sexuales con otra persona*» y la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2222-2003, del 3 de octubre de 2003.

[55] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 65.

d.1. El intervalo de tiempo

En el homicidio atenuado suele exigirse por un amplio sector jurisprudencial, tanto nacional como extranjero, la inmediatez, proximidad y cercanía temporal entre las circunstancias excusantes, el estado emocional y la comisión del homicidio[56]. Aun cuando este hecho no sucede en la mayoría de los casos, existe normalmente una contemporaneidad entre las circunstancias, la emoción y el homicidio producido[57].

Ahora, si bien puede permitirse, con estudio del caso, la licencia de una discontinuidad temporal entre las circunstancias externas y la emoción, es indispensable exigir siempre la coincidencia temporal entre la emoción violenta y la perpetración del homicidio. Esto significa que en la hipótesis del artículo 109°, es necesario reclamar que quien mata lo haga en un estado de emoción violenta.

d.2. El medio empleado

La elección del medio en el homicidio atenuado representa un indicio importante para constatar la presencia de la emoción violenta.

---

[56] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 143-2003, del 9 de abril de 2003; R.N. Nº 0143-2003, del 19 de abril de 2003, la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 890-2004, de fecha 12 de noviembre de 2004, en: CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. I, p. 127, en donde: «*Se desestima la alegada 'emoción violenta' que trae como agravios el sentenciado puesto que dicha causal de atenuación no se presenta en sujetos que actuaron reflexivamente: encolerizarse porque la esposa se niega a volver al hogar conyugal, ir a un grifo a comprar gasolina, proveerse de fósforos y retornar al lugar del evento. El hecho no se consumó por la oportuna intervención de los vecinos que lograron reducirlo quitándole los fósforos*». También la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 4511-99 de fecha 24 de abril de 2000: «*el tiempo que sucede entre la provocación y el hecho, esto es, que el delito tiene que cometerse en los precisos instantes en que el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, esto es, que la reacción del agente debe ser de manera inmediata, siendo que en el caso de autos el acusado reaccionó momentos después*», la ejecutoria suprema fijada en el R.N. Nº 904-98, de fecha 15 de junio de 1998: «*El intervalo de tiempo sucedido entre la provocación y el hecho, esto es que el delito tiene que cometerse en un lapso de tiempo durante el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, por lo que no puede transcurrir un largo espacio temporal entre el hecho provocante y su reacción, siendo que en el caso que se analiza, el acusado reaccionó después de treinta a cuarenta minutos*».

[57] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. 1197-2004, de fecha 15 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. I, p. 77.

Si, como hemos apuntado anteriormente, un estado emocional trae consigo la modificación torpe y lenta de ciertas actividades motrices (velocidad, coordinación y estabilidad) y la disminución de la inteligencia, es lógico plantear la incompatibilidad de la perturbación emocional con la elección de un medio que, por lo general, exige un ánimo frío o una inteligencia reflexiva, y que es común de un estado de lucidez o ecuanimidad como es el preparar, por ejemplo, un mortífero veneno, proveerse de un arma que no se tiene (ir a prestarla, comprarla o llevarla consigo cuando se visita a la víctima)[58] o el de recurrir a cualquier otra operación homicida incongruente con el automatismo del estado emocional[59]

La jurisprudencia peruana ha aceptado como medio comisivo válido de la emoción violenta el estrangular a la conviviente con una soguilla de nylon[60].

d.3. El temperamento del sujeto

Es un índice valiosísimo en el conocimiento, si en el caso existió o no el estado emocional. La personalidad y el carácter del agente son elementos útiles para determinar no solo si concurrió una emoción sino también para mensurar la intensidad de la misma.

---

[58] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2816-2003, del 12 de enero de 2004, en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 235.

[59] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 2558-2005, del 19 de septiembre de 2005, en la que se describen el uso de medios que excluyen la emoción violenta alegada: «*Que, asimismo, aparece el acta de recojo, que establece que, en el lugar de los hechos se encontró sobre una mesa de madera de la cafetería un cuchillo en forma de puñal, de veinticinco centímetros de largo aproximadamente, el mismo que mostraba manchas de sangre, mientras que en el ambiente de la cocina, se encontró sobre las hornillas de la cocina a gas, un martillo con manchas de sangre, tenía el mango de madera cortado y llevaba una etiqueta de 'tramotina', que esas evidencias materiales desvirtúan la tesis del acusado en el sentido de que no había utilizado objeto alguno o que no fue nada preparado*». Sin embargo, es de lamentar que la ejecutoria suprema no abunde en razones en orden a explicar por qué el empleo de los medios descritos imposibilita la consideración de la atenuante del homicidio por emoción violenta.

[60] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005, la ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N. Nº 2778-2004, del 15 de noviembre de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., pp. 366 y ss.

Quien reacciona en forma tan violenta y agresiva esconde una vida anímica turbulenta, a la vez que manifiesta un fondo psicológico predispuesto a esas reacciones. El que ha matado en un rapto de ira o miedo registra normalmente una reacción violenta parecida, o muy intensa, que es fiel reflejo de su temperamento.

Es muy difícil encontrar un sujeto que haya cometido un homicidio en un estado emocional y sea incapaz de recordar, o no mostrar, un antecedente emocional violento, semejante al analizado en el expediente judicial. El que se emociona y tiene una descarga tan agresiva seguramente no es la primera vez que posee una emoción semejante.

No es que con ello inclinemos nuestra postura a la sustentación de un derecho penal de autor o del carácter, sino más bien creemos, que conociendo el pasado anímico, ratificamos el presente personal a la vez que eliminamos cualquier duda si concurrió o no en la perpetración del homicidio un estado emocional. Todo lo apuntado no implica que el privilegio del artículo 109° sea irrogación y exclusividad de los sujetos irascibles o intemperantes; por el contrario, permite incluir una vivencia psicológica dentro de una personalidad humana determinada.

La jurisprudencia peruana normalmente para cumplir con esta exigencia recurre a la pericia psiquiátrica y psicológica con el fin de conocer y aproximarse a la personalidad y el temperamento del autor del hecho[61].

d.4. La relación entre el autor y la víctima

En la emoción violenta tiene gran importancia la relación afectiva existente entre el autor del homicidio y la víctima del delito. No cabe

---

[61] Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005 «*más aún si este presenta una personalidad impulsiva, marcada hostilidad y con dificultades en el control de sus impulsos, con arranques de mal humor que puede desencadenar conductas agresivas, tal como concluye el dictamen de psicología forense de fojas ciento treintiuno, esta actitud es también apreciada en la pericia psicológica de fojas doscientos siete, la que concluye que el encausado actúa de modo impulsivo sin medir sus actos, el que presenta conductas latentes que lo pueden llevar a actuar con violencia al poseer una personalidad inestable con rasgos disociales*».

duda que en pocas figuras de la parte especial es tan notoria la vinculación entre el autor y su víctima como en este caso, el cual pasa, a veces, por un complejo sentimental profundo ya sea de amor, odio o rabia y llega a reducirse, en ocasiones, a una mera provocación que, traducida en una circunstancia tan intensa y eficaz, mueve la mano del autor a descargarla sobre la víctima.

El juez o tribunal penal no solo debe reparar en el análisis de la conducta del homicida, sino también debe enfatizar en el estudio del comportamiento del sujeto pasivo, v. gr. infidelidad[62].

En este homicidio no solo tiene importancia la conducta del delincuente sino, también, la conducta de la víctima. De tal manera que el juez, para mayor valoración de los hechos, debe dirigir su mirada tanto a la conducta de quien murió como de quien mató, más aún si en gran parte de los homicidios por emoción violenta es la conducta de la víctima la que arrastra al autor a la comisión del delito.

Asimismo, además, de examinarse el comportamiento del sujeto pasivo que incide en la conducta del autor del crimen, debe tomarse en cuenta también la clase de relación previa como, por ejemplo, una relación convivencial[63], de matrimonio, etc.

d.5. La conducta posterior del autor

Este factor no es decisivo ni determinante en la valoración global de los hechos. Por el contrario, contiene un valor indiciario menor.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando el autor luego de dar muerte a su conviviente busca suicidarse ingiriendo un veneno para roedores, hecho que no consumó por la intervención de los familiares de la occisa que lo conducen al hospital más cercano[64]. El suicidio puede deberse a

---

62 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005.

63 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005.

64 Vide la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005.

un acto de desesperación por la pérdida irremediable del ser amado, a un conflicto sumamente intenso que no necesariamente supone el ser consecuencia de una emoción violenta.

2. La emoción violenta

a. La violencia de la emoción

El codificador penal cuando utiliza el adjetivo «violenta», como nota característica de la emoción, busca enfatizar la intensidad y grado en el estado afectivo del agente[65]. No es suficiente para la ley que el sujeto se emocione, o su ánimo e inteligencia se perturbe. Es necesario que la emoción posea la característica de violenta.

Si existe la emoción pero falta la naturaleza «violenta» de la misma, el privilegio atenuatorio consagrado en el artículo 109° no puede prosperar. La emoción como estado psicológico no es excusa, requiere para desplegar el efecto atenuatorio que las circunstancias externas la provoquen (aspecto objetivo) y que dicho estado emocional sea violento (aspecto subjetivo). El juez penal no debe restringir su labor en verificar si concurren ciertas circunstancias externas productoras de la emoción, o constatar la existencia del estado afectivo. Debe comprobar si la emoción aludida que embarga al sujeto es violenta.

La violencia de la emoción denota lo impetuoso, lo arrebatado y todo aquello que irrumpe de manera súbita en el ánimo humano[66]. Si un impulso emotivo puede ser calificado como violento, la condición subjetiva que la figura requiere deberá ser satisfecha sin perjuicio de la excusabilidad total de la emoción[67].

---

[65] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 78.

[66] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 124.

[67] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 67.

b. Significado de la emoción violenta

El carácter violento de la emoción puede poseer un doble significado; por un lado, denota la recepción súbita, espontánea e inesperada de una situación vital externa capaz de alterar el ánimo y, por otro lado, puede importar la reacción tempestuosa y agresiva de un estado emocional que se dirige contra un objeto del mundo circundante.

La característica violenta del estado afectivo emocional puede provenir, entonces, tanto de una impresión súbita e inesperada, de una situación externa que agita el ánimo[68] (violencia de la impresión) como de una reacción agresiva, arrebatada o violenta que se dirige a dañar a un objeto o sujeto externo (violencia de la reacción).

De aceptarse acríticamente la postura que hace recaer el privilegio del artículo 109° en la violencia de la impresión, incurriríamos en el error de exagerar la importancia del factor sorpresa en la emoción, asumiendo, como es de colegirse, que solo las circunstancias conocidas de manera inesperada e imprevista tienen efectos atenuatorios. Se descartaría, a contrario sensu, aquellos supuestos en que el elemento sorpresa, o lo espontáneo de la impresión, está ausente.

Tendríamos, así, que negar el privilegio del artículo 109° al marido que sospecha sobre la infidelidad de su mujer y realiza todas las averiguaciones y seguimientos hasta encontrarla in fraganti, para luego darle muerte (*ut supra*). En realidad la violencia en la impresión o el factor sorpresa no puede tener un valor excesivo en la fijación de la atenuante. Basta contemplar que la idea de impresión súbita e inesperada está inmersa en el concepto mismo de la emoción[69] para percatar-

---

[68] En este sentido: la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005, al señalar que: «*El conocimiento previo por parte del autor del homicidio emocional, es decir que la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto, lo que tampoco concurre en el caso de autos, que, en consecuencia*».

[69] Vide GUERRERO, Luis, *Psicología*, Buenos Aires, p. 242, quien define a la emoción como «la representación mental súbita de una situación valiosa a la alteración mental provocada por la inesperada representación correspondiente a un estado afectivo».

se que poco o nada se aporta en la comprensión del privilegio legal bajo examen.

A ello debe agregarse que no siempre las impresiones súbitas o inesperadas van a desencadenar una respuesta agresiva capaz de mover al sujeto a la perpetración de un homicidio, pues resulta común que teniendo una emoción súbita el agente no incurra en alguna respuesta violenta y, por tanto, no cometa delito alguno.

Es fácil comprender, entonces, que la esencia de la emoción no reside tanto en la violenta impresión de las circunstancias externas, sino en la *reacción* **turbulenta y agresiva sobre una persona**. La emoción violenta se refiere, más que a una introyección y posterior comprensión de las circunstancias externas, a una descarga afectiva cuyo centro de acción reside en el exterior del sujeto. De allí que no importe tanto lo inesperado y súbito de la representación, que puede o no concurrir, como la respuesta violenta y agresiva que el autor realiza y que en términos de la ley se traduce en la perpetración del homicidio.

c. ¿Es posible la omisión impropia?

Queda por plantearse si admitida como está la naturaleza reactiva de la emoción violenta, esta puede aceptar como formas de comportamiento delictivo tanto a la acción como a la omisión impropia. El problema reviste crucial importancia toda vez que tiene que interpretarse el sentido de la emoción violenta en la reacción.

Se debe definir si la emoción violenta de la reacción debe poseer solo un contenido activo o albergar también la posibilidad de una conducta omisiva impropia. Respecto a la primera interrogante no existe mayor conflicto dado que la inmensa mayoría de casos de homicidio atenuado surgen de conductas positivas, esto es, de acciones.

El problema emerge cuando se considera la eventual aparición del delito en virtud de un comportamiento omisivo. La violencia de la

emoción no solo puede aparecer a través de conductas positivas en donde se despliega energía; sino también puede encontrar su cauce natural mediante un actuar omisivo[70].

Una emoción violenta no deja de ser tal, aunque la persona omita conscientemente hacer algo impulsado por una vivencia emocional, la cual más que impelerle a realizar una acción le persuada de no hacerla. Vale recordar que la referencia en el artículo 109° al término «violento» como adjetivo de la emoción, no hace sino enfatizar un término normativo con un gran contenido social que se dirige tanto a las conductas activas como también a las omisivas.

Violenta puede ser tanto la emoción que impulsa a matar «*haciendo como la que provoca una muerte omitiendo*».

d. Conclusiones

La única explicación jurídica idónea que justifica el privilegio atenuatorio en estudio consiste en el debilitamiento de la capacidad inhibitoria y reflexiva del agente que le impide dirigir su conducta en condiciones de normalidad respecto a las normas jurídicas. «La esencia de la emoción violenta es la dificultad para actualizar la comprensión de la antijuridicidad en forma de motivarse en ella (sic) pero siempre debe tenerse en cuenta que la posibilidad debe existir, por que de lo contrario no habría responsabilidad»[71].

El estado afectivo descrito en el artículo 109° no hace desaparecer la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), ni la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. En realidad, la emoción violenta solo disminuye la capacidad de motivación según la norma, al afectar los frenos inhibitorios controladores de la psique humana.

La situación emocional, propia del privilegio en examen, no implica inimputabilidad como tampoco incapacidad de motivación sino

---

[70] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 43.

[71] Cfr. ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 146.

tan solo dificultad en adecuar el comportamiento a la norma, dada la presión causada por dicho estado morboso que altera la conciencia impidiéndole dirigir el comportamiento de acuerdo a Derecho o según las prescripciones jurídicas propias del homicidio[72].

3. Emoción violenta y pasión

En la doctrina nacional y comparada suele discutirse acerca de que si es conveniente o no incluir la pasión en los alcances del artículo 109°, como fenómeno afectivo capaz de atenuar o si es posible destacar los efectos atenuantes de la emoción.

El debate no tiene otro contenido que plantear la inclusión o exclusión en el artículo 109° de los crímenes pasionales. La solución de esta temática permite que surjan tres posiciones.

a. La incompatibilidad de la pasión y la emoción

La primera de ellas se empeña en destacar la incompatibilidad existente entre emoción y pasión en el artículo 109° Código Penal[73]. Dicho criterio se funda en una mayor peligrosidad criminal de aquellos delincuentes pasionales, los cuales poseen un carácter intemperante, turbulento y hondamente irascible.

Acordar un privilegio atenuatorio a los sujetos de temperamento explosivo y pendenciero sería, sostienen los partidarios de esta tesis, un error gravísimo a la vez que marcaría una inconsecuencia jurídica, pues, a una mayor peligrosidad no corresponde disminuir la pena, sino aumentarla.

Asimismo, se reconoce que emoción y pasión son dos estados psicológicos distintos que no pueden equipararse, máxime si la ley acoge solo a la emoción como atenuante. En todo caso, se dice, aun rescatan-

---

[72] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 66; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 77; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 129.

[73] Vide en el derecho argentino: RAMOS, Juan, *Tratado de Derecho penal*, p. 78.

do algunas pasiones, estas no tendrían efecto privilegiante sino se le debe reconducir al homicidio simple, actuando como una causal de imputabilidad disminuida ubicable en la parte general.

b. La compatibilidad entre pasión y emoción

Otro sector doctrinal, mucho más numeroso, establece la inexistencia de impedimentos para aceptar tanto a la emoción como a la pasión. Se apunta que más importante que la discusión acerca de si la fuerza subjetiva que afectó al homicidio era técnicamente una emoción o una pasión, importa detenerse en si la afección psicológica debilitó la inteligencia y la capacidad motivacional del agente. Así, los términos de la discusión deberían modificarse. Ya no decide ni la denominación, ni la sustancia del estado psíquico, ni su forma o temporalidad, sino la fuerza debilitadora de los frenos inhibitorios[74].

Además, se precisa, que la distinción ontológica entre emoción y pasión ha sido puesta en duda por los psicólogos. A la ley solo le interesa la conmoción anímica impulsiva, o cualquier estructura íntima, sea cual fuere su denominación científica; peor aún si en el concepto de emoción se distingue la emoción *shock* y la emoción sentimiento o emoción estado (pasión). De tal manera que si la pasión no es otra cosa que una emoción prolongada no se ve la dificultad para insumir en el homicidio por emoción violenta al crimen pasional[75]. No interesa tanto la diferencia sustancial entre emoción y pasión como los efectos perturbadores de la capacidad reflexiva que ambos poseen.

Se apunta, además, que clasificando pasiones y emociones no se haría otra cosa que clasificar tipos abstractos de sujetos (pasionales o emotivos) o tipos abstractos de pasiones y emociones, cuando de lo que se trata es de examinar delitos, es decir, hechos que siempre presentan un contenido psíquico individual y un conjunto de circunstancias objetivas que se ofrecen a la valoración del juez[76].

---

[74] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 78.

[75] Ibídem, pp. 76 y 78.

[76] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 59.

Un argumento final a favor de este criterio apela a la discusión de los sucesivos proyectos suizos en donde se utiliza, de modo indistinto, la terminología de pasión o emoción, hecho que indicaría desde el marco de una interpretación histórica, que tanto uno u otro estado afectivo gozan de relevancia penal en el artículo 109° del Código Penal[77] [78].

c. La distinción entre emoción y pasión

La tercera posición que explica la vinculación legal de la emoción y la pasión, plantea un criterio limitativo que sostiene que no toda pasión, por mayor que sea su efecto perturbador en la inteligencia del agente, puede ser incluida en el homicidio por emoción violenta, luego de reparar en la diferencia existente entre los dos fenómenos psíquicos.aludidos.

La emoción y la pasión, se advierte, no pueden ser jurídicamente lo mismo, dado que se afirmaría la sinonimia psicológica de actividades psíquicas distintas. Es más, forzando la equiparación de uno y otro fenómeno sería como aceptar la equiparación jurídica de la inteligencia y memoria, cuestión ciertamente absurda. Cuando el legislador emplea la referencia a un fenómeno vivencial personal, como la emoción, pretende resaltar la consecuencia atenuatoria de esta, descartando cualquier otra vivencia psicológica, incluso las que alteraran de manera parecida el ánimo del sujeto.

En caso se sostenga la inclusión del homicidio pasional en el artículo 109° se olvidaría la separación psicológica existente entre emoción y pasión que en muchas ocasiones, pese al innegable parentesco, suelen repelerse y constituir vivencias diametralmente opuestas. Basta recordar la alteración súbita y transitoria de la emoción respecto a la profundidad, permanencia y frialdad de muchas pasiones.

---

[77] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 127.

[78] En el Perú se adhiere a este criterio aún sin la claridad necesaria HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 100.

Quien obra en un rapto emocional lo hace, qué duda cabe, alterado, pero aun encontrándose perturbado nada impide que el sujeto pasional obre con frialdad, premeditación y ánimo reflexivo, cuestiones incompatibles con la espontaneidad de la emoción[79].

d. ¿Por qué se equipara la pasión y la emoción?

Los partidarios de acoger la pasión dentro de la emoción violenta tropiezan con una grave confusión muchas veces no advertida, catalogan y equiparan a la pasión con la emoción, amparándose en sus efectos comunes; examinan solo la perturbación y alteración del ánimo provocado por uno u otro fenómeno; o sostienen, con absoluta sencillez, que pasión y emoción son lo mismo, porque ambas representan casos de una visible disminución de la capacidad motivacional.

Se olvida, inexplicablemente, que la identidad o diferencia de dos fenómenos no debe conducir a las consecuencias de los mismos, que en este caso es la disminución de la capacidad de culpabilidad, sino a su esencia. Como los juristas y el Derecho no pueden confundir las manifestaciones psíquicas que la psicología esclarece, se debe colegir que el Derecho penal no puede llamar a la emoción pasión, ni a la pasión emoción.

Un parecer en contrario tendría que ser consecuente y plantear, por ejemplo, en el artículo 20° inciso 1 la identidad de la grave alteración de la conciencia y las enfermedades psíquicas en cuanto ambas extinguen la capacidad de culpabilidad, planteamiento que no resiste el menor análisis.

Por otro lado, los partidarios de la equiparación entre emoción y pasión encuentran argumentos a favor cuando reparan tanto en la discusión pre legislativa de los sucesivos proyectos suizos, en los que se

---

[79] Es el caso del amante frustrado que al encontrarse de modo reiterado con el rechazo de la mujer, incuba una pasión profunda que lo conduce a una total absorción y concentración de su vida psíquica respecto al objeto de sus desvelos. Su perturbación anímica es tal que cuando la ve en coloquio amical con otro varón irrumpe en ira y la mata.

alude indistintamente a pasión y emoción, como en el hecho que en el vocabulario usual existe una sinonimia entre dichos términos, rayana con la identidad.

Respecto a la afirmación primera, debemos observar que el empleo de ambos términos por parte del legislador histórico, no puede vincular una interpretación jurídica y, peor aún, si el hermeneuta de la norma se afilia, como lo hace la mayoría de la dogmática actual, al criterio de la **interpretación objetiva** la cual considera como un mero indicativo a la voluntad del codificador en el develamiento del sentido de la ley[80]. Si bien el legislador helvético empleó pasión y emoción sin notar mayor diferencia, no por eso el intérprete debe dejar de diferenciar dichas locuciones.

Respecto a la segunda afirmación se debe apelar simplemente a una antigua, pero a veces olvidada, regla de interpretación por la cual entre la interpretación de un término (emoción), según su uso corriente y vulgar, y el significado científico del mismo se debe tomar partido por su denominación técnica[81]. De esta manera, si bien la emoción en el uso corriente suele identificarse con la pasión, el empleo de aquel término en una norma jurídica ha de entenderse en la acepción técnica o científica y como tal debe interpretarse.

A nuestro criterio, la pasión si bien cuando altera o perturba la conciencia puede conducir a plantear un efecto atenuatorio vinculado a la imputabilidad disminuida (artículo 20° inciso 1), subsumible en el artículo 106° referido al homicidio simple, puede tambien en determinados supuestos plantear el homicidio privilegiado del artículo 109°. En efecto, se debe reconocer, tal como establece la psicología, la existencia de algunas pasiones que más allá de la frialdad o ánimo reflexivo pueden generar el estallido de emociones turbulentas capaces de provocar la comisión de un homicidio.

---

[80] Vide CASTILLO ALVA, José Luis, *Razonamiento judicial*, ARA, Lima, 2006, pp. 46 y ss.

[81] Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal*. cit., T. I, p. 171; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 149. Con reservas se pronuncia RODRÍGUEZ MUÑOZ en las notas a MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, T. I, p. 137.

Planteamos, genéricamente, la imposibilidad de incluir en el homicidio por emoción violenta al crimen pasional, pero a la vez reconocemos, excepcionalmente, la existencia de pasiones que pueden producir una emoción violenta y por esta vía encontrar una excusa.

Sostenemos el principio que la pasión a subsumir en el artículo 109° del Código Penal, por sí sola, no se atenúa puesto que requiere la conversión de la misma en una emoción violenta[82]. Ingresamos a los casos de homicidio cuya emoción violenta aparece en un terreno o fondo pasionalmente predispuesto[83]. En estos casos la tensión psicológica proviene de mucho tiempo atrás en los que el ánimo del sujeto se encuentra hondamente perturbado y en el que solo se espera un hecho externo desencadenante (circunstancias excusantes) para irrumpir con toda su intensidad y grado de violencia en el mundo circundante.

No se requiere, entonces, que la mente del sujeto esté en blanco antes del estallido emocional, sino basta que exista emoción violenta, aun cuando se origine algún tiempo atrás y, psicológicamente, se denomine pasión a la fuerza subjetiva que indujo al delito.

IX. EMOCIÓN VIOLENTA E INIMPUTABILIDAD

El estado afectivo emocional requiere, como se deduce del texto legal, una intensidad idónea para producir un debilitamiento de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y del efecto motivacional de la norma. La emoción violenta justifica su naturaleza atenuatoria en la apreciable disminución de las facultades reflexivas del agente y en el escaso control y dominio de los frenos inhibitorios del comportamiento[84]. Si logra comprobarse que la emoción carece de la magnitud necesaria para afectar la capacidad motivacional y, por el contrario, deja

---

[82] Correctamente en la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 118.

[83] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 67.

[84] Vide la ejecutoria suprema fijada en el R.N. N° 1197-2004, de fecha 15 de julio de 2004, en CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, cit., T. I, p. 77.

inalterada la estructura íntima del agente se debe plantear la inaplicación del artículo 109°.

La emoción es un estado afectivo más intenso que una simple afección, pero menor a una pérdida total y completa de capacidad motivacional. El estado afectivo solicitado en el artículo 109° debe ser más intenso que los sentimientos y alteraciones de ánimo cotidianos, los cuales no constituyen una mayor reacción en la respuesta del sujeto sobre su mundo circundante. La emoción, apunta LEVENE, no puede ser la simple emoción o la emoción fisiológica que perturba la capacidad de síntesis y tiende al automatismo con inhibición voluntaria.

La emoción violenta, sin llegar a suprimir la conciencia ni la memoria, es más intensa que la anterior, por lo que no se debe considerar los sentimientos que no alcanzan a superar las situaciones normales del espíritu[85].

La emoción violenta, siendo más que una simple afección pero menos que una grave alteración de la conciencia, es un caso evidente de imputabilidad disminuida que se encuentra regulado en la parte especial pero cuyo sentido bien puede incorporarse en la parte general (mediante la aplicación combinada del artículo 20° inciso 1 con el artículo 21° Código Penal). Este punto es el aspecto más neurálgico y crítico del homicidio por emoción violenta, pues dicha clase de homicidio no sería otra cosa que una repetición ociosa de una fórmula jurídica preexistente y anterior como es la alteración de la conciencia que se ubica en la parte general.

El artículo 109° Código Penal más que innovar y tener una diferencia esencial con el artículo 20° inciso 1, aparece como un reflejo innecesario de una figura del mismo código. Justamente, este argumento es utilizado por la tesis que exige la abolición del homicidio por emoción violenta del Código Penal, reconduciéndolo a los artículos 106° ó 107° en concordancia con los artículos 20° inciso 1 y 21 del Código Penal.

---

[85] Cfr. LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 309.

La emoción violenta propia de artículo 109° Código Penal debe distinguirse de los estados de inimputabilidad los cuales lejos de atenuar la penalidad la extinguen completamente. El estado afectivo emocional nunca debe entenderse como pérdida, destrucción o inhibición total de la conciencia y de los frenos inhibitorios[86] porque de ser así no estaríamos dentro del artículo 109°; ingresaríamos también al terreno de la inimputabilidad y, por tanto, de la impunidad.

En la emoción violenta solo se exige una disminución de la capacidad de entendimiento y la aptitud reflexiva, aun cuando el querer se mantenga inalterable, descartándose la anulación total y completa de las capacidades aludidas[87].

La emoción violenta puede concurrir también con otras circunstancias vinculadas a la imputabilidad como, por ejemplo, el previo consumo de algunas sustancias, v. gr. cocaína[88], alcohol, etc.

X. PENALIDAD

El homicidio por emoción violenta es castigado con pena privativa no menor de tres ni mayor de cinco años. Respecto al límite máximo es visible la semejanza del delito de homicidio por emoción violenta con el homicidio culposo agravado (artículo 111° segundo párrafo).

B) PARRICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA

I. ANTECEDENTES

El segundo párrafo del artículo 109° Código Penal registra como antecedente inmediato el artículo 154° del Código Penal de 1924. A diferencia de su predecesor, que separaba en artículos diferentes al homicidio y

---

[86] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 79.

[87] Cfr. ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 146.

[88] Vide, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 815-2002 del 4 de junio de 2002.

parricidio por emoción violenta el Código Penal vigente ha estructurado ambos supuestos en una misma disposición legal (artículo 109°).

II. FUNDAMENTACIÓN

La regulación del parricidio por emoción violenta posee una honda trascendencia tanto dogmática como práctica, pues la más ligera remisión a las estadísticas judiciales arroja la gran frecuencia de esta forma de parricidio. Es común observar los casos de concubinicidios y uxoricidios en los que un concubino, o el cónyuge, mata a su pareja en razón de una preexistente infidelidad conyugal o por los sucesivos maltratos a los que el autor es sometido.

En los supuestos de parricidio emocional, el autor no solo debe ver conmovido su ánimo, sino que debe vencer la natural inhibición representada por el atentar contra la vida de un pariente con quien ha vivido y posee una relación afectiva tan estrecha y profunda.

III. TIPO OBJETIVO

Está constituido por todos los presupuestos objetivos del parricidio ya estudiados, como por ejemplo los lazos de parentesco entre ascendientes o descendientes naturales o adoptivos, cónyuges o concubinos. Asimismo, se requiere el concurso de las circunstancias excusantes que justifiquen de modo eficiente el estado emocional afectivo.

IV. TIPO SUBJETIVO

A diferencia del homicidio por emoción violenta, el parricidio privilegiado del párrafo segundo del artículo 109° descarta el concurso del dolo eventual, aceptándose como único elemento subjetivo fundante de la figura al dolo directo, ya sea de primer o segundo grado.

Dicha conclusión se deduce en virtud de la expresa remisión de la norma al artículo 107° del Código Penal (parricidio) en la que se exige el absoluto conocimiento del parentesco.

V. IMPUTABILIDAD

En el parricidio privilegiado debe existir una capacidad de entendimiento disminuida, cuestión que ha sido estudiada cuando examinamos dicho presupuesto al abordar el estudio del homicidio por emoción violenta.

VI. PENALIDAD

La sanción impuesta por la ley al parricidio por emoción violenta puede fluctuar entre los cinco años, límite mínimo, y los diez años de pena privativa de la libertad como límite máximo.

CAPÍTULO VI
INFANTICIDIO

Artículo 110°.-

«La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas».

I. GENERALIDADES

Por infanticidio (*infans*: niño; *coedere*: matar) se entiende la muerte dolosa del hijo causada por la madre dentro del parto o bajo la influencia del estado puerperal[1]. Esta figura no consiste solo en matar a un niño, sino matar a un niño en quien concurren determinadas características, por un determinado sujeto y en un determinado estado[2]. La particularidad del delito reside en que la muerte del hijo se produce en una circunstancia de tiempo determinada: a) durante el parto; o b) bajo la influencia del estado puerperal; de tal modo que si no concurren estas circunstancias estaríamos dentro de los alcances de la figura genérica del parricidio[3].

---

1 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 117; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 196.

2 Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 177.

3 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 196.

La definición de infanticidio, válida para nuestra legislación, excluye la figura del móvil honoris causa[4] que se encuentra recogida en algunas legislaciones históricas y en Códigos Penales de antigua data.

El delito de infanticidio constituye una circunstancia atenuante de expresa regulación legal[5] en el Código Penal. Configura un privilegio específico de naturaleza atenuatoria que se basa en la menor culpabilidad de la mujer en la comisión del delito[6], pues concurre una alteración de la conciencia que influye en su comportamiento como consecuencia de un hecho fisiológico, anatómico y psicológico determinante: el estado puerperal.

Desde la perspectiva sistemática, el infanticidio no es otra cosa que una forma de parricidio atenuado[7] por la particular circunstancia temporal en la que la madre priva de la vida a su hijo. Entre el autor y el sujeto pasivo debe existir una relación de parentesco biológico en línea recta ascendente[8]. En concreto, se trata de una modalidad particular de parricidio propio y no de parricidio impropio. El infanticidio posee un alcance mucho más restringido y limitado que el parricidio en cuanto al círculo de autores y de sujetos pasivos.

Su conservación dentro de las figuras legales del homicidio obedece más a razones de tradición legislativa que a un prurito estrictamente técnico o a la necesidad de regulación específica basado en una problemática especial. En el infanticidio no se presenta conflicto alguno de intereses[9]. Como ha ocurrido en muchas legislaciones modernas

---

[4] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 108 y 109; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 196. En el caso del Derecho penal argentino anterior, vide LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 91.

[5] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 111.

[6] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 104.

[7] Cfr. MAYRINK DA COSTA, Álvaro, *Direito penal. Parte especial*, 4ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1994, T. I, Vol. II, p. 149; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 118 y 123.

[8] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 178.

[9] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 102.

no hay inconveniente para que la figura en mención desaparezca del catálogo y modalidades del homicidio[10], reemplazándose por las fórmulas de la parte general, en concreto las eximentes incompletas, como el estado de necesidad, la alteración de la conciencia[11], etc. Incluso, razones de economía legislativa, de claridad, sencillez y respeto a las categorías de la parte general pueden llevar a la supresión del delito en cuestión.

Sin embargo, no siempre las legislaciones penales han considerado al infanticidio como un crimen sometido a atenuación. En algunos casos se le consideró como figura agravada del homicidio por la presunción de ser premeditado[12] que llega a recibir penas atroces[13], tal como ocurrió, por ejemplo, en el Código Penal francés en el que se imponía, incluso, la pena de muerte para luego variarse la sanción a la de reclusión[14]. El tratamiento privilegiado del infanticidio representó el triunfo de los criterios jurídicos sobre el principio que exigía la primacía del deber moral[15], situación que comienza con la Ilustración[16], en especial con la obra de Beccaria y Bentham[17].

En las legislaciones de nuestra órbita cultural y en la realidad latinoamericana, como es el caso del Derecho argentino el infanticidio

---

[10] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 104; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 150; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 71.

[11] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 104.

[12] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 117.

[13] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 103.

[14] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 107.

[15] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 118.

[16] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 177; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 287; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 104.

[17] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 150.

fue derogado por la Ley N° 24410 del 10 de enero de 1995 al considerar que la vida es superior a la protección legal de la honra de la mujer[18].

Desde el punto de vista criminológico, el infanticidio es un delito que por lo general es cometido por las mujeres solteras y abandonadas por sus maridos o sus amantes[19]. En pocas ocasiones las mujeres casadas se ven impelidas a cometer este lamentable crimen, ya que tienen el apoyo de su esposo como de los demás integrantes de su familia.

Este delito es común en la mujer proveniente del mundo rural o que tiene costumbres rígidas y severas, se desarrolla en ambientes pequeños y cerrados que provocan un acentuado control social[20]. Se diferencia del aborto porque esta infracción es común en la sociedad industrial en la que se utilizan métodos anticonceptivos.

II. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN LEGAL DE LA FIGURA

En el Derecho comparado es posible identificar, en líneas generales, tres diferentes modelos de regulación y tratamiento del delito de infanticidio[21]:

El primer modelo hace reposar el privilegio en causas éticas y morales como la preservación de la honra de la mujer. Se habla aquí de una causa de honor que funda una menor atenuación. Una variante de esta posición consagra como única autora del delito de infanticidio a la madre biológica, mientras que otra variante extiende la atenuación a otros familiares de la madre o del hijo, como el padre, los hermanos o los abuelos.

---

[18] Cfr. DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 121 y ss.

[19] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 157; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 71.

[20] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 101.

[21] Ampliamente, FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 71; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 150; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., pp. 101 y ss.

El segundo modelo plantea que la menor penalidad reside en la concurrencia de un estado biológico-psicológico (estado puerperal) que afecta la capacidad de culpabilidad de la madre que sin llegar a anular o eliminar todas sus capacidades, termina por socavar su nivel de conciencia o la motivación normativa. Más que exigir la protección de la honra, se reclama la afectación de la imputabilidad por la presencia de un cuadro clínico externo: el estado puerperal.

Un tercer punto de vista, de carácter intermedio o mixto, acuña el infanticidio desde una doble perspectiva: por un lado, valora la concurrencia del estado puerperal y, por el otro, la presencia de un móvil de honor. Ambas circunstancias son independientes y autónomas entre sí, aunque se recogen en el mismo modelo legislativo. Se sigue aquí una estrategia acumulativa.

El legislador penal peruano estima que la razón del privilegio penológico del infanticidio es la provocación dolosa de la muerte del hijo por parte de la madre en una circunstancia temporal determinada: durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal.

La formulación legislativa adoptada por el legislador peruano en el infanticidio se basa en la consagración de una atenuación de índole biológica[22] y psicológica. No creemos que haya una razón de carácter sociológico que respalde la atenuación y el distinto tratamiento jurídico[23].

El solo hecho de la muerte del hijo no fundamenta ninguna circunstancia atenuante; al contrario lo deja como una modalidad de parricidio, sin ninguna clase de atenuación o rebaja sancionatoria.

El Código Penal establece una doble causa que justifica la aplicación del infanticidio: ***a)* Durante el parto**; o bien ***b)* Bajo la influencia del estado puerperal**. La ley no hace recaer como única fuerza atenuatoria la efectiva constatación del estado puerperal en la madre, sino también en que el crimen se cometa *durante el parto*, independien-

---

22 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 109.

23 En contra, HURTADO POZO, loc. cit.

temente de que haya o no estado puerperal o la influencia de un particular estado psicológico al momento de cometer el delito.

Yerra la interpretación legal que limita la atenuación del infanticidio únicamente a la verificación del estado puerperal, como si fuera el único estado en el que la norma repara y toma en cuenta para atenuar el comportamiento delictivo[24]. Si bien se trata del supuesto con mayor frecuencia estadística y de concurrencia en la práctica, no debe pasar inadvertido que la discutible regulación legal de fijar un privilegio atenuatorio a la muerte del hijo (durante el parto) todavía tiene vigencia en nuestro derecho positivo pese a que no tiene fundamento alguno, ni asidero político-criminal y dogmático (*ut infra*).

Ignorar la inequívoca referencia legal supone confundir el plano de la interpretación *de lege lata* con la propuesta de reforma del derecho vigente que se explica desde una perspectiva *de lege ferenda*[25].

El fundamento para la concesión de una atenuante especial en la variante de la «*influencia del estado puerperal*» en el infanticidio reside en el particular estado de vulnerabilidad psicológica y de alteración de la conciencia que atraviesa la mujer como efecto de la situación fisiológica[26]. Se alude, con razón, a una causal de imputabilidad disminuida[27]. Concurre una **menor gravedad de la culpabilidad**[28]. La ley entiende que la asequibilidad normativa y las posibilidades de motivación a partir de un estado particular no son las mismas que en circunstancias normales por lo que se debe establecer una penalidad menor.

Se apreciará la atenuante cuando se compruebe de manera idónea y adecuada que la mujer mató a su hijo motivada por los trastornos

---

[24] Así, por ejemplo, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 198; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 124.

[25] Así, empero, Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 124.

[26] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 112.

[27] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

[28] Vide en el derecho español anterior: GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 180.

psicológicos (no necesariamente graves) producidos como consecuencia de los cambios físicos y emocionales propios del parto[29]. No es necesario exigir que los cambios provengan ya desde el embarazo, pues la ley configura claramente la atenuante en un concreto momento temporal: durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal. Sin embargo, no es obstáculo que dicha prueba pueda servir para valorar y comprender de manera integral la afección psicológica que atraviesa la madre.

No se trata de un caso de inimputabilidad o de falta de asequibilidad normativa; y menos de un menor injusto penal[30]. La mujer siempre será castigada[31]. Lo que ocurre es que recibe una pena menor, dentro de un marco penal distinto al parricidio o, incluso, al homicidio simple.

Por su parte, la ley parece partir de la regla general, de discutible validez, respecto a que la muerte de la persona durante el parto encierra un menor injusto que el homicidio que se produce después de esta etapa, como si la protección de la vida humana tuviera aquí una tutela intermedia o escalonada entre el aborto y la protección integral de la vida que se realiza en las demás modalidades de homicidio. La mujer –y solo ella– tendría la posibilidad de obtener un (inexplicable) privilegio atenuatorio si es que mata a su hijo, beneficio que no se extiende a ninguna otra persona que en calidad de partícipe o coautor interviene en el hecho.

No es necesario, por no establecerlo la ley, que exista como presupuesto un particular estado fisiológico distinto al parto o un suceso afectivo- emocional que incida de alguna manera en las facultades psicológicas de la mujer. Basta constatar que el homicidio se ha producido durante el parto para otorgar el tratamiento privilegiante a la madre, sin que se exija algún requisito adicional.

---

29 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 109.

30 Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 181.

31 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 112.

La causa de la atenuación no reside en el hecho que la mujer se encuentra en la dura alternativa de escoger entre la debilidad o la violencia. Tampoco se explica en la idea social y psicológica de la vergüenza, en el deseo de ocultar su deshonra o en la incapacidad de defenderse[32] de la marginación y el desprecio social. Se encuentra excluida de la tutela penal los temores de la mujer que consisten en el miedo a la deshonra, la vergüenza o a perder su recato.

El infanticidio es una figura eminentemente dolosa. Si la madre durante al parto o aún padeciendo el estado puerperal –aunque no bajo su influencia– mata a su hijo de manera involuntaria (no dolosa) responderá por homicidio imprudente[33], v. gr. la madre presa de un profundo sueño, mata a su hijo por asfixia debido a su peso corporal.

El fundamento atenuatorio consagrado en el infanticidio obedece a diversas razones que se explican, según su particular regulación, en los diversos códigos penales que consagran la figura y que responden más a una determinada tradición legislativa (o la visión del legislador de turno) que a una política criminal racional. Por ejemplo, el fundamento de la menor sanción será distinto en los derechos positivos que consagran el infanticidio honoris causa o por impetus doloris[34]. El privilegio atenuatorio que se construye en algunas legislaciones no se reproduce muchas veces en nuestro derecho positivo[35].

Constituye un error considerar que en nuestra legislación la menor penalidad del parricidio reside en el fin de ocultar la deshonra de la madre por haber concebido un hijo ilegítimo, toda vez que el legislador no ha regulado ni ha expuesto siquiera esa posibilidad en nuestro derecho positivo; además que todo embarazo y todo parto pueden causar en la madre las mismas perturbaciones físicas o psíquicas[36].

---

32 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 109.

33 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 126.

34 In extenso ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, pp. 198 y ss.

35 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

36 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 109.

Pese a todo, no es posible descartar una atenuación en la fase de determinación judicial de la pena en aquellos casos de parricidio en donde concurre en la madre el móvil de proteger y resguardar la honra o, incluso, la concurrencia por esta razón de un elemento de atenuación por contar con imputabilidad disminuida, v. gr. mujer de intensas y férreas creencias religiosas. En todo caso, debe diferenciarse de modo nítido las circunstancias propias de la tipicidad de los elementos informadores de la determinación judicial[37].

III. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Autor

No cualquier mujer puede ser autora del delito de infanticidio. Solo puede ser la madre[38] que alumbra a su hijo y que produce la muerte de este durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal. Incluso, solo puede ser autora del delito la **madre biológica** del infante[39] que es la única que se beneficia de la circunstancia atenuante de la pena[40]. Se descarta la posibilidad que la madre en adopción pueda beneficiarse de la aplicación del infanticidio[41].

Cualquier persona no satisface los requisitos del tipo. De allí que se trata de un delito especial impropio[42]. El privilegio reposa

---

37 Ibídem, p. 110.

38 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 82; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111.

39 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 124.

40 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111.

41 Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 179; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 105.

42 Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 533; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 179; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 104; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 37; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 203; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 124; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111, alude a un «*delito especial en sentido amplio*». En contra: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 112, quien considera al parricidio como delito especial propio.

tanto en la condición de autor y sujeto pasivo, dado que la relación de parentesco es cofundante del injusto[43], no se trata de un delito de propia mano[44].

No interesa si la madre es casada, soltera o viuda[45], como tampoco que se trate de una mujer de buena o mala fama[46], ni que ejerza una convivencia de hecho, ni que se encuentre vinculada de alguna forma al marido o sea prostituta[47]. La antigua y arcaica diferencia entre hijos legítimos o ilegítimos, al desaparecer de nuestra legislación positiva, invalida que el privilegio se aplique, según criterios morales, solo al caso de los hijos legítimos[48]. Es indiferente que la muerte lo produzca una mujer multípara o una nulípara[49].

El infanticidio no es más que una forma de parricidio atenuado por las circunstancias que atraviesa la mujer. Por tanto, su estructura típica está más cerca del parricidio que la del homicidio simple.

El delito requiere la intervención de la mujer, ya sea como autor directo o autor mediato. La simple intervención de la madre como instigadora o cómplice no configura la comisión del delito en cuestión.

Por otro lado, si **otra** persona produce la muerte del infante durante el parto o cuando la madre atraviesa el estado puerperal, aun cuando sea un pariente próximo en grado de consanguinidad, el delito cometido, según el caso, será el de parricidio o el de homicidio sim-

---

[43] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

[44] En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 124.

[45] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 180; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111. En la doctrina argentina: ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 117; LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92.

[46] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

[47] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 531; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153.

[48] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 111; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

[49] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 157.

ple[50]. La atenuante no alcanza a otra clase de parientes[51]. Empero, no faltan legislaciones que así lo reconocen[52]. El Perú establece distancia de algunas legislaciones del Derecho comparado en las que el privilegio atenuatorio se concede a los parientes cercanos de la víctima siempre que se encuentren en un estado de emoción violenta[53].

Si el ascendiente (abuelo) o padre es quien mata al niño, cometerá parricidio[54]. No obstante, si es el hermano del niño u otra persona quien produce su muerte, habrá homicidio simple[55].

El infanticidio como forma de parricidio propio, tal como se indicó, solo puede ser cometido por la madre y nunca por el padre del niño por más que existan circunstancias que atenúen su responsabilidad.

En caso de que exista un dominio del hecho compartido entre la madre y una tercera persona (v. gr. padre, tío sobrino, etc.), el acto de muerte no determina la calificación inmediata del delito como una forma de coautoría, dado que se trata de un delito especial en donde el privilegio de la agravante reside no en quien mata o quien codomina la muerte, sino en la condición de pariente (madre) que produce el hecho.

No es necesario que se acredite –mediante alguna manifestación documental ni con la partida de nacimiento– el vinculo de parentesco o la prueba de la condición de madre biológica, dado que por el tiempo de su realización difícilmente existirá dicho documento[56]. Rige aquí el principio de la libertad probatoria. Cualquier medio idóneo en la medida que sea pertinente puede servir para acreditar tanto, el parto como, sobre todo, la acción de matar de la madre.

---

50 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

51 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

52 Loc. cit.

53 Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 117.

54 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125.

55 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 204.

56 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 111.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el hijo[57], varón o mujer, no interesa que este haya nacido o que exista en un total y completo desprendimiento del cuerpo de la madre para que se entienda cometido el delito. No interesa que el niño sea viable o tenga capacidad para sobrevivir por sí mismo luego de la expulsión[58]. La viabilidad no integra el requisito de la tipicidad objetiva de la infracción por lo que no debe valorarse en esta sede. Empero, puede tomarse en cuenta en la fase de determinación judicial de la pena[59]. Es indiferente también si el parto es natural o es una cesárea[60].

El naciente o nacido puede ser sujeto pasivo mientras dure el lapso del puerperio, cuya duración se encuentra condicionado a factores concretos y específicos variables en cada caso y de mujer a mujer[61]. Es necesario que la madre se encuentre experimentando la influencia del estado puerperal[62]. No hay un periodo fijo e inexorable de duración del estado puerperal[63]. Las referencias cuantificables a determinados días

---

[57] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 154; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 37; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 117.

[58] Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 243; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 205; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 152; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 114; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 125; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 524.

[59] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 113.

[60] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 152; DA COSTA JR., Paulo José, *Curso de Direito penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, Vol. 2, p. 21; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113.

[61] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 33; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 155; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 112.

[62] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 205; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 113.

[63] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 183; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 155.

que se aludía en algunas legislaciones no es adoptada, y con razón, por el Derecho peruano. En estos casos el juez y el intérprete deberán remitirse a la situación más o menos variable del puerperio[64].

Si en el caso de partos múltiples la madre mata a dos de sus hijos habrá concurso ideal o real (según la modalidad del comportamiento)[65].

3. La acreditación de que el hijo ha nacido vivo

Los actos de matar deben dirigirse contra el hijo, ya sea recién nacido o durante el parto. Es indispensable acreditar que el hijo, al momento de ejecutar la acción de matar se encontraba **vivo**[66]. La prueba de la preexistencia de la vida es competencia fundamental del dictamen pericial[67], dicha labor, en estos casos, es particularmente difícil y compleja[68]. Los diversos problemas que deberá abordar el examen médico legal comprenden: establecer la edad intrauterina o extrauterina del feto; determinar si logró respirar o no; identificar los restos; describir y objetivar la presencia de lesiones; diagnosticar las causas de la muerte y fijar el momento y el tiempo transcurrido luego de producida esta[69].

El informe pericial puede fundamentar una sentencia condenatoria bien por infanticidio, homicidio culposo[70] o puede llegar a justificar

---

64 Cfr. DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 20; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74.

65 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 109.

66 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 76; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 113; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 524.

67 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 125; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 114; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 76; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 524; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74.

68 Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 244.

69 Cfr. QUIROZ CUARÓN, Alfonso, *Medicina forense*, 2ª ed., Porrúa, México D.F., 1980, p. 701.

70 Vide SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 244.

una absolución. Las conclusiones a las que puede llegar el perito son: a) está probado que el niño no ha vivido; b) no está probado que el niño ha vivido; c) está probado que el niño ha vivido[71].

La prueba de la preexistencia de la vida no puede ni debe ser sustituida por la prueba de la violencia (ejercida sobre el cuerpo de la criatura)[72], ya que esta no necesariamente implica que recaiga sobre un ser vivo; es posible que la violencia recaiga también sobre un cuerpo sin vida.

Estaremos ante la figura del delito imposible si el niño nació muerto ya que no habrá delito de infanticidio ni ninguna otra figura penal. Debe quedar claro que una mujer puede dar a luz y el producto no nacer o nacer muerto; o que la mujer no haya parido y el producto nazca a través de una operación quirúrgica[73].

En estos casos, la vida como fenómeno biológico que ha cesado, debe ser judicialmente valorada con la ayuda de la medicina legal[74].

Desde el punto de vista médico legal, la mejor prueba que se considera apta para acreditar que el nacido tuvo vida extrauterina es que haya respirado[75]. Ello se debe a las modificaciones significativas, duraderas y persistentes que sufren los pulmones del infante después de la muerte[76]. Estas pruebas se llaman docimasias pulmonares que son exámenes macroscópicos, hidrostáticos[77], pulmonares e histológicos[78]. La jurisprudencia argentina señaló que la docimasia hidrostática es insu-

---

71 Ibídem, p. 251.

72 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 76.

73 Cfr. QUIROZ CUARÓN, *Medicina forense*, cit., p. 702.

74 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 205; LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93.

75 Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 244.

76 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 205; SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 244.

77 Enfatiza su valor: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 125.

78 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2; p. 73; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153; QUIROZ CUARÓN, *Medicina forense*, cit., pp. 703 y ss.

ficiente para afirmar que existe parricidio si el cadáver se encuentra en estado de putrefacción[79].

Sin embargo, la mayor dificultad probatoria lo representan los casos de muerte durante el inicio del parto y en los que de manera obvia no hay respiración pulmonar[80]. El viejo principio, según el cual, «vivir es respirar» no es válido[81]. El hecho que se acredite que el niño no ha respirado no significa que no ha nacido vivo. Como señala SIMONIN: «Un recién nacido puede vivir, después del nacimiento, durante cierto tiempo, algunas horas y varios días sin respirar»[82]. Aquí no solo es infructuosa la prueba de docimasia pulmonar si no que es ineficaz. La prueba médico legal más utilizada lo constituye la constatación de la bolsa serosanguínea, llamada también tumor parto. Este fenómeno biológico se presenta como consecuencia de un desequilibrio de presión entre la parte del cuerpo fetal, contenida en el útero, y la parte que se muestra con el orificio uterino. Estamos aquí ante una reacción vital del naciente[83].

Junto a la utilización de pruebas científicas merced a la ayuda de la medicina legal, es posible que se utilicen también otra clase de pruebas[84] como los testimonios de terceros (médicos, parientes, etc.), los cuales pueden asegurar que vieron al niño con vida, ya sea por que se movió, lloró[85], gritó, o hizo el primer movimiento[86], etc. No creemos que las pruebas testimoniales en este caso solo posean un nivel subsidiario o supletorio[87]; tampoco es correcto entender que la

---

79 Cfr. LEVENE, *El delito de homicidio*, cit., p. 358.

80 Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Manual de medicina legal*, Santiago de Chile, 1974, p. 457; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 125.

81 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 75.

82 Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 251.

83 Por todos, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 207.

84 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 113.

85 Con dudas acerca de los testimonios: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 126.

86 Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 251.

87 En sentido distinto: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 208.

única prueba válida para acreditar que el niño nació vivo sea la prueba de docimasia pulmonar[88]. Rige también en este ámbito el principio de libertad probatoria[89].

En caso la madre dé muerte a otro hijo, distinto al recién nacido o al que está naciendo, será responsable de parricidio, aunque concurrirá una causal genérica de atenuación como es la alteración o perturbación de la conciencia[90]. Asimismo, si la madre da muerte a otro niño que no es su hijo, bajo la influencia del estado puerperal, habrá cometido homicidio simple.

El examen pericial, de ser el caso, deberá descartar las causas naturales de la muerte del recién nacido o del feto en el parto, que se pueden dar también por causas patológicas[91], v. gr. factores de orden médico, enfermedades, anomalías fetales, infecciones[92]. Durante el parto, las causas naturales más comunes de muerte son las de orden traumático o por asfixia[93]. La muerte accidental extrauterina es generalmente imputada a una hemorragia del cordón umbilical o a un parto que se precipita[94].

Si es que no se logra acreditar con una certeza positiva que el niño nació vivo, pese a la realización de pruebas médicas y periciales (falta de efusión umbilical, docimasia pulmonar negativa, manifestación imprecisa de la madre) en la medida que se mantenga la duda sobre este hecho, será necesario establecer la absolución por aplicación del *in dubio pro reo*[95].

---

88 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 113.

89 Ibídem, p. 113.

90 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125.

91 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153.

92 Cfr. QUIROZ CUARÓN, *Medicina forense*, cit., p. 709.

93 Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 252.

94 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153.

95 Cfr. RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, pp. 533.

4. Medios y formas comisivos

Los medios que puede emplear la madre para dar muerte a su hijo son variados y no se encuentran, como es lógico, sujetos a determinación e indicación legal. La expresión **matar** debe interpretarse con el mismo sentido del delito de homicidio[96]. Es posible que haya estrangulamiento[97], inmersión, traumatismos[98], abandono[99], asfixia[100], sofocación[101], traumatismos[102], golpes, heridas[103] punzocortantes, etc. Se discute si los medios morales pueden configurar también el infanticidio. La mejor doctrina está de acuerdo en señalar que si bien son casos de difícil concurrencia práctica no cabe desechar dicha posibilidad[104].

Asimismo, el delito puede cometerse tanto por acción y por omisión impropia[105] como cuando la madre deja morir de ham-

---

[96] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 106.

[97] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 126; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153; DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 525.

[98] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153.

[99] Cfr. COUSIÑO MAC IVER, *Manual de medicina legal*, cit., p. 452.

[100] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 525; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153.

[101] Cfr. DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 208.

[102] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 106; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74.

[103] Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 525.

[104] Cfr. DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 293.

[105] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 183; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 154; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 37; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 208; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 109; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 524.

bre[106] a su hijo recién nacido consecuencia del estado puerperal que atraviesa, no le anuda el cordón umbilical[107] o el niño muere de frío[108]. La posición de garante, en estos casos, está dada tanto por la relación parental directa como por la dependencia del recién nacido hacia la madre[109]. La jurisprudencia chilena consideró como parricidio por omisión el caso en que una madre dejó que su hijo muera luego de que cayera a un pozo y no le prestara los auxilios necesarios[110].

Para algunos, el caso típico de infanticidio por omisión se comete mediante el abandono del niño[111] y al omitir la prestación de cuidados necesarios[112]. Se presentan aquí graves problemas para delimitar la frontera del infanticidio y del delito de abandono de niños. La solución pasa por valorar de manera adecuada el dolo con el que actúa la madre. Si la madre abandona a su hijo y es consciente del grave riesgo para la vida del niño y lo deja fuera de su control, por ejemplo en un descampado, habrá por lo menos tentativa de infanticidio por omisión[113]. En cambio, cuando se produce el abandono y se aplica una medida de control del riesgo para la vida del niño, habrá homicidio imprudente si el niño muere.

---

[106] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 183; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 155; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22.

[107] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22.

[108] Cfr. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, cit., p. 263.

[109] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 183, para quien: «*la madre tiene la posición de garante y el dominio sobre la vida del recién nacido* COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 531.

[110] Cfr. POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 108.

[111] Cfr. COUSIÑO MAC IVER, *Manual de medicina legal*, cit., p. 455.

[112] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 155.

[113] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 184.

5. Durante el parto

El parto constituye la última y más importante fase del embarazo[114]. Es un proceso dinámico y una actividad orgánico-fisiológica de la madre por el cual el producto de la concepción es expulsado al exterior. Como proceso de orden temporal en el parto concurren y fluyen mecanismos físicos, químicos y psicológicos, cuyo momento inicial se fija en las primeras contracciones del útero que desencadenan sensaciones dolorosas, las cuales permiten la dilatación del cuello uterino y la posterior expulsión del producto de la concepción hasta el momento que la placenta y las membranas logran desprenderse o ser expulsadas del cuerpo de la mujer embarazada.

Tal como se ha indicado en el capítulo referido a los límites temporales del homicidio, el nacimiento es un segmento temporal del parto que adquiere la trascendencia máxima, en la medida que es en esta etapa en la que una parte del cuerpo del infante surge y aparece al mundo exterior.

En nuestra legislación no se acepta el criterio de la percepción visual o de la completa separación del recién nacido del claustro materno[115], ni el criterio del inicio de expulsión. En el Perú no es necesario que haya vida humana independiente para que pueda hablarse recién de homicidio[116]. La tutela a la vida en el homicidio comienza mucho antes de que exista la vida autónoma o se haya producido el corte del cordón umbilical, como hecho determinante de la separación madre e hijo en el parto.

La ley peruana valora como momento de inicio del infanticidio –y con ello de todo homicidio– al parto y no tanto al nacimiento. Con ello, se toma partido frente a una de las posibles opciones político-criminales en la regulación del inicio de protección a la vida en el Derecho

---

[114] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 209.

[115] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 122.

[116] Similar en el derecho brasileño: MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 154.

comparado. El legislador podía también inclinarse, si así lo hubiese querido, por la fórmula del nacimiento o por la referencia al recién nacido como sucedía en la legislación española derogada. El sustento de dicha elección, creemos, se basa en criterios de justicia material y de una protección integral a la vida en el homicidio que se alcanza con la alusión a la frase *durante el parto*.

La expresión durante el parto comprende las distintas clases y variedades médicas de parto, como son el parto inducido y el parto artificial, llamado también cesárea[117].

El inicio del parto biológico lo representa la producción de las contracciones intrauterinas que generan sensaciones dolorosas en la mujer que indican la inminencia del mismo. Hay aquí un periodo de dilatación[118]. La ley parte por reconocer un hecho biológico (contracciones intrauterinas) y un hecho psicológico (dolores).

El parto inducido o cesárea, no comienza con la aplicación de anestesia o el inicio de la intervención quirúrgica, sino más bien con la primera incisión del cirujano en la apertura del abdomen.

La finalización del parto lo configura la completa separación del niño del seno materno y el corte del cordón umbilical; de tal modo que hasta allí puede cometerse por parte de la madre el delito de infanticidio como límite máximo[119]. En efecto, la madre cometerá este delito hasta antes de la completa expulsión definitiva del nacido al mundo exterior, o habiendo ya la completa expulsión hasta el corte último del cordón umbilical, haya o no expulsión definitiva de las placentas o destrucción completa de dicho cordón. No es necesario que el niño trate de adaptarse a la vida extrauterina o que haya respiración[120].

---

[117] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 121, MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 152.

[118] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 121.

[119] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 152.

[120] En sentido distinto: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 209.

La referencia legal propia del infanticidio que da la expresión *durante el parto* cumple una función fundamental en la determinación del objeto material y el límite mínimo de protección a la vida en el homicidio[121], sirviendo como pauta interpretativa central no solo en el infanticidio, sino de todo el capítulo referido al homicidio en sus diversas variedades y formas, llámese homicidio culposo, homicidio doloso, asesinato, parricidio, etc. Ello es posible gracias a la interpretación sistemática por ubicación de norma. Asimismo, permite distinguir el homicidio de otras figuras cercanas o afines como el aborto. La frase durante el parto permite zanjar los límites externos e internos tanto del aborto y el homicidio[122] y traza también el límite máximo del objeto material del infanticidio con el parricidio y las demás figuras integrantes del homicidio[123].

Sin embargo, pese a las ventajas orientativas en cuanto a la interpretación y determinación de sentido del texto de la ley y la diferenciación que se produce entre el aborto y homicidio, más aún si se trata de una zona polémica y de harta complejidad dogmática y práctica, hay que objetar y criticar severamente las consecuencias teleológicas de la utilización de la frase durante el parto por parte de la legislación peruana.

El cuestionamiento y reproche más grave que cabe formular –frente al silencio de la doctrina peruana– es que una interpretación seria y objetiva dentro de la regulación legal del infanticidio de la expresión *durante el parto* conduce a ver que es inexplicable desde la perspectiva político-criminal y teleológica que se haya considerado como menos

---

[121] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 105; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 301; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 531; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 182; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 37; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 209.

[122] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 112; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 210; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 37.

[123] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 182.

disvaliosa y sujeta a un menor injusto[124] la muerte del niño durante el parto cometida por la madre, respecto a si la muerte se hubiera producido luego de la culminación de dicho suceso biológico o que la muerte haya ocurrido con posterioridad a dicho acontecimiento.

O lo que es lo mismo: resulta sumamente irracional que se haya impuesto un marco legal benigno para los casos en los que la madre mata a su hijo durante el parto, como si este hecho [el parto] no tuviera trascendencia e importancia decisiva en el ordenamiento jurídico, ya sea para otorgar derechos o para reforzar la protección jurídico-penal.

Lo lamentable y caótico en este ámbito es que la frase *durante el parto* se haya desligado, sin tener relación alguna con una circunstancia externa o un hecho objetivo que justifique un tratamiento más benigno desde el punto de vista penológico como puede ser, por ejemplo, dentro de la misma regulación legal la expresión **bajo la influencia del estado puerperal**. La razón por la que se prodiga una sanción menor radica única y exclusivamente en la verificación de un suceso concreto y particular como es que el homicidio se haya cometido durante el parto, sin exigir que en ella concurra un condicionamiento externo especial en la mujer o una circunstancia que la justifique de manera racional y que comparta una valoración adicional del ordenamiento jurídico capaz de sustentar en este contexto un privilegio en el tratamiento.

La causa de esta deplorable situación se encuentra en el hecho que el legislador cuando regula el infanticidio emplea una fórmula que tiene dos variantes y una disyunción ("o") que consiste en consagrar como formas del infanticidio a la muerte efectuada por la madre biológica: a) durante el parto; b) bajo la influencia del estado puerperal.

Lo correcto hubiera sido vincular la expresión durante el parto al estado puerperal o establecer una circunstancia externa que afecta a la madre, semejante al puerperio, que justifique y brinde cobertura racional a la regulación del artículo 110° y su menor penalidad.

---

[124] Para el caso de la legislación chilena: POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, cit., p. 104.

Desde el punto de vista estrictamente constitucional es posible plantear objeciones no solo desde la perspectiva del respeto a la dignidad de la persona humana, sino –y he aquí los más grave– supone una infracción al principio de igualdad en la ley[125] ya que se impone un tratamiento injustificadamente más benigno a la mujer que mata a su hijo durante el parto, sin que se requiera legalmente y sin que, por tanto, sea necesario comprobar una especial situación externa o un padecimiento biológico y/o psicológico en la mujer al momento del parto. Se sublimiza y se extiende de manera ilimitada la importancia y las repercusiones del parto en la mujer a la hora de privar de la vida a su hijo, creando una patente de corso benigna que es llamativamente irracional.

Constituye una paradoja que, por un lado, a la expresión *durante el parto* se le asigne el marcar la separación entre el homicidio y el aborto, con lo que se demuestra un mayor reforzamiento y acentuación de la protección jurídica, y que, por otro lado, sirva como privilegio para conceder a la madre una menor sanción si es que mata a su hijo durante este periodo.

No estimamos que sea una posible salida hermenéutica correcta, el exigir la interpretación de la referencia del parto como si implícitamente el legislador ampliara el estado puerperal a la fase de duración de aquel, en la medida que si así lo hubiera querido la ley no tendría por qué haber diferenciado entre el parto y la comisión del crimen bajo la influencia del estado puerperal, ya que ambas serían comprendidas dentro de un mismo ámbito tanto lingüístico como jurídico.

Asimismo, carece de justificación la tesis que la ley formula en la regulación de la frase *durante el parto* como una presunción ***iures et de iure***[126], en el sentido que para el Derecho penal toda madre que mata a su niño durante el parto está afectada del estado puerperal, pues en el Derecho penal las ficciones no tienen cabida dada su profunda vincu-

---

[125] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32.

[126] Así ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 211: «En realidad, se está presumiendo *juris et de iure* que la mujer sufre una perturbación psicológica temporal con motivo del parto»; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 71.

lación a la realidad y a las estructuras lógico-objetivas; además este punto de vista cae en el mismo error que la anterior posición ya que extiende los alcances del estado puerperal más allá de los estrictos ámbitos de la fórmula legal y del significado distinto de la expresión durante el parto.

Yerran también aquellos que consideran que la expresión *durante el parto* no tiene alguna importancia particular respecto a la atenuación de la pena[127].

6. Bajo la influencia del estado puerperal

Una de las características más importantes de nuestra legislación penal es fundamentar el privilegio atenuatorio del infanticidio en el estado puerperal. Nuestra legislación no se decanta ni se inclina por otros criterios que inspiran a la legislación comparada como el móvil de honor o la intención de ocultar la deshonra. La característica específica del infanticidio es que la muerte del niño se produce en una situación personal determinada[128] como es la afectación de la capacidad de culpabilidad por concurrir un particular estado biológico-psicológico: el estado puerperal.

El estado puerperal es un proceso dinámico al que ingresa la mujer luego del parto[129] y que se caracteriza por un conjunto de manifestaciones orgánicas (fisiológicas) y psicológicas que alteran su personalidad[130]. No creemos que sea acertado definir el estado puerperal exclusivamente sobre la base del transcurso del tiempo en el que la madre no se ha recuperado todavía de las alteraciones

---

[127] Así HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 112.

[128] De modo semejante en el Derecho español, con las diferencias propias de la distinta formulación legislativa anterior a 1995, vide GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 178.

[129] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 134 LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

[130] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 77, quien lo define como: «*un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan de un tiempo después del parto*».

psico-físicas del embarazo[131], dado que puede haber recuperación física del parto pero concurrir el denominado estado puerperal. El estado puerperal es un estado que se adquiere y pierde bajo ciertas circunstancias[132]. Como bien se anota la fórmula legal posee un significado temporal subsidiario[133].

La fórmula legal del estado puerperal ha sido muy criticada en el Derecho comparado, ya que se le acusa de oscuridad e imprecisión cronológica[134]; discutiéndose si se trata de un criterio de tiempo o de un criterio clínico[135].

Los cambios biológicos a los que está sometida la mujer en el embarazo y durante el parto no se reducen a estos cortos periodos, sino que sobreviven a él y se prolongan como consecuencia directa del parto. Así como la mujer con el embarazo alberga un nuevo ser en su seno, con el parto dicho ser se desprende y adquiere autonomía de vida.

En la doctrina penal peruana es posible encontrar tres concepciones acerca de la determinación del estado puerperal, aunque no siempre se ha podido obtener la suficiente claridad al respecto:

Una primera postura considera que la fijación del estado puerperal está sujeta a criterios estrictamente **cronológicos**[136] o de duración a un tiempo determinado más o menos largo que puede ir, por lo general, entre los treinta y cinco a cuarenta y cinco días. Se toma en cuenta a la involución histológica o clínica del útero o la reaparición de la menstruación.

---

[131] Así ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 212; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

[132] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 78; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119.

[133] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 132.

[134] Loc. cit. Cfr. LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93.

[135] Cfr. DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 121 y ss.

[136] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 115, aunque mantiene criterios muy contradictorios entre sí.

La crítica que se dirige a la propuesta es que la duración del estado puerperal no puede ser determinada con exactitud[137] y que la fórmula de dicho estado fue escogida para evitar las injusticias del sistema de un plazo rígido[138]. Esta postura si bien es adoptada por algunas legislaciones del Derecho comparado, no fue recibida en el Derecho peruano, ya que más allá de realizarse una expresa referencia al periodo en el que se entiende aplicable el privilegio, importa más que se acredite, de manera efectiva, la concurrencia del estado puerperal en la mujer[139], que la duración de este en días, semanas u horas.

La segunda posición se adscribe a un punto de vista eminentemente **fisiológico**[140] o **biológico**, en la que ejerce una importancia decisiva el verificar que la mujer se encuentre atravesando por el estado puerperal. Basta que se logre acreditar que la mujer padeció dicho estado, sin que sea necesario efectuar alguna comprobación adicional que no sea la prueba de aquel. De allí que se pueda prescindir de la prueba de si la mujer se encontraba sufriendo una perturbación psicológica[141] o de orden similar.

Con ello, se pretende evitar la demostración de aquellos casos en los que el hecho se descubre mucho tiempo después de cometido o en los que la práctica del examen médico sufre una demora muy pronunciada[142]. Su ventaja reside en que permite fijar el límite temporal con una precisión suficiente y sin arbitrariedad[143]. Este planteamiento des-

---

137 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 132.

138 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 110; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 116.

139 De modo semejante en el derecho argentino: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 118 y 120.

140 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 109; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 115.

141 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 109; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 115.

142 Así: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 109; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 115.

143 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 78; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 110.

taca la importancia del estado puerperal y se funda en un criterio eminentemente objetivo, pues si se comprueba que hay un estado puerperal habrá infanticidio y de no darse esta circunstancia corporal no habrá modo alguno de calificar el hecho como infanticidio.

Un tercer punto de vista sostiene que más allá de reparar si la persona padeció o no de un estado puerperal, es necesario determinar y valorar las consecuencias desarrolladas por la concurrencia de dicho estado en la psique y la personalidad de la mujer con el fin de medir la magnitud y la importancia de la afectación de las capacidades de comprensión, dominio y control de la madre. Se trata de un planteamiento **fisiológico-psicológico**[144] y no meramente orgánico, en la medida que a la vez que se establece la necesidad de la presencia de un factor de índole biológico: el estado puerperal, se añade la exigencia de que exista una repercusión en la personalidad de la mujer.

La concurrencia del estado puerperal no puede fundar por sí solo y de manera automática el privilegio atenuatorio del infanticidio. Lo determinante aquí son los efectos concretos, reales y ciertos del estado puerperal sobre la psique de la persona[145] y no tanto el elemento biológico que de concurrir puede ser intrascendente para explicar la muerte del niño o puede ser reemplazado por una serie distinta de factores.

Esta postura que suscribimos en su integridad es la única posición compatible con el texto legal peruano que requiere que la madre (cuando mate) obre bajo la influencia del estado puerperal. En efecto, cuando la ley establece de manera categórica que la mujer obre bajo la influencia de dicho estado obliga a que, en todos los casos y sin que se permita excepción alguna –al margen del transcurso del tiempo y de las dificultades probatorias–, se deba de verificar escrupulosamente

---

[144] En sentido semejante: MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 153; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 119; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

[145] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119. En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 115, quien estima que las consideraciones psicológicas quedan en un segundo orden y que no son destacadas por el legislador peruano.

que la causa de la muerte del hijo, directa e inmediata, esté relacionada a este estado[146]. Ello supone la configuración de una relación causal entre dicho estado, la influencia sobre la psiquis o la personalidad de la mujer y la muerte del niño.

Incluso, se llega a sostener, correctamente, que cuando la ley alude a la *influencia del estado puerperal* no exige que la muerte suceda en el término de aquel, sino que la acción de matar se despliegue bajo la influencia de dicho estado[147], al margen de si subsiste o no en la realidad. En efecto, resulta absolutamente posible que el estado puerperal haya cesado pero la madre se encuentre todavía bajo su influencia.

La principal consecuencia de asumir esta postura interpretativa es que lleva a excluir como un caso de infanticidio aquellos supuestos en donde si bien se puede demostrar la existencia del estado puerperal, la causa de la muerte del hijo puede residir en otras razones y motivos poderosos como el deseo de ocultar la deshonra, o, como ocurrió en el caso resuelto por la jurisprudencia argentina, en la que la madre mata a su hijo por temor a que llorara y despertara la atención de los vecinos[148] y en otro caso por piedad, lástima y para que no siguiera sufriendo. De manera sabia y justa la ley peruana parte por reconocer la posibilidad que aun concurriendo el estado puerperal la causa de la muerte se encuentre en otras circunstancias que nada tienen que ver con él. Justamente, este es el sentido de la expresión bajo la influencia del estado puerperal.

El cambio brusco en el plano orgánico funcional de la madre a causa del parto también produce cambios y modificaciones en su psiquis y en la estructura de la personalidad. Los trastornos psicológicos derivados del parto no siempre se producen de manera mecánica y automática en todas las mujeres, ni poseen la misma intensidad,

---

[146] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 78, quien señala que: «es un acierto de la ley haber dicho *bajo la influencia* del estado puerperal en vez de referirse simplemente al estado puerperal».

[147] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 133.

[148] Vide RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 534.

focalización y gravedad. La incidencia y las repercusiones son variables de mujer a mujer[149], por lo que no se puede establecer en este ámbito una regla general definitiva.

El proceso fisiológico y orgánico que se presenta en la madre como consecuencia del parto influye disminuyendo el control de los frenos inhibitorios[150]. Muchas veces la presencia del estado puerperal se revela en un estado de agotamiento de la mujer, en debilidad orgánica, angustia, exaltación[151], sufrimientos físicos, la pérdida sanguínea[152], etc.

La determinación de la concreta duración del estado puerperal y su influencia en la psique de la mujer embarazada no está sometida a un preciso número de días y a la evolución del calendario[153]. Su existencia e influjo debe valorarse con la ayuda de los peritos[154], médicos, psicólogos y psiquiatras[155], de tal manera que con su apoyo el juez pueda estimar con suficiente claridad si la muerte del recién nacido se produjo como consecuencia de la influencia del estado puerperal. La incidencia de este estado varía y nunca es el mismo de acuerdo con las características y notas relevantes de la personalidad de la madre[156].

En caso no se logre demostrar con certeza excluyente de toda duda la existencia del estado puerperal o su influencia en la psique de la madre, deberá aplicarse el *in dubio pro reo*[157] como manifestación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

---

149 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 74; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

150 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 211; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 133; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 115.

151 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 134.

152 Cfr. LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

153 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 155.

154 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 115.

155 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 214; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 123.

156 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 214.

157 Loc. cit.

IV. TIPO SUBJETIVO

El infanticidio solo puede ser cometido dolosamente[158]. No hay ninguna restricción para aceptar cualquier modalidad de dolo: sea de primer grado, de segundo grado o el dolo eventual[159]. No estamos ante la presencia de un elemento subjetivo del injusto, distinto al dolo[160].

Es necesario que la madre tenga conciencia de que la acción que realiza posee la aptitud concreta de matar[161]. Creemos que el caso que alguna vez conoció nuestra jurisprudencia respecto a la madre que dejó abandonada a su hija recién nacida sin ligarle el cordón umbilical, lo que originó su fallecimiento por hemorragia y asfixia, bien podría subsumirse como un caso de infanticidio por dolo eventual, más que en la figura de homicidio culposo[162].

Si la muerte del niño se produce no por las acciones de la madre sino por la pronunciada debilidad física del nacido o naciente, o por comportamientos lesivos de terceros no se cometerá infanticidio consumado[163].

La presencia de las llamadas psicosis puerperales que perturban de manera grave la conciencia de la madre no eliminan el dolo, sino la

---

158 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 116; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 116.

159 Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 532; DA COSTA JR., *Curso de Direito penal*, cit., Vol. 2, p. 22; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 75; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 116; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38.

160 Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 184.

161 Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 532.

162 De otra opinión: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 117, que ve aquí un caso de homicidio culposo.

163 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 126.

imputabilidad[164]. Sin embargo, no puede dejar de apreciarse que las condiciones personales o la afectación de la conciencia (por factores internos o externos) pueden influir de manera decisiva en la apreciación de la magnitud del peligro, situación que puede generar en el advenimiento de un error de tipo[165] que llevaría a la calificación de un delito culposo, en la medida que el error sea vencible.

Tal como se ha señalado, si la madre mata al niño sin ser consciente de la concreta aptitud lesiva que emprende con su acción habrá cometido un homicidio culposo, pero no el delito de infanticidio[166]. En la misma línea, si la madre ha infringido de manera grave y elemental los deberes objetivos de cuidado que de observarse hubieran evitado la muerte de su hijo, la calificación del hecho será la de homicidio culposo y no de infanticidio, como cuando la madre asfixia a su hijo al dormir junto a él[167] o cuando no se provee de la ayuda de un tercero para lograr el nacimiento y, por el contrario, lo hace ella misma[168]. La aparición de signos de violencia en el infante no debe ser tomado como un indicio absoluto de comportamiento doloso, toda vez que también las acciones imprudentes pueden dejar huella de violencia[169].

La comisión del infanticidio es plenamente compatible con la premeditación de la muerte del recién nacido[170]. No se requiere que ella se haya producido como consecuencia de un rapto de ira o cólera. Tampoco es necesario ni exigible que concurra la circunstancia de emoción violenta. En este contexto debe distinguirse de manera plena y adecua-

---

164 En sentido distinto: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 116.

165 Vide VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38.

166 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 156; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 125; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 217; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 117; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 38.

167 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 215; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 116.

168 Cfr. RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 533.

169 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 126.

170 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 117.

da las distintas características del homicidio o parricidio por emoción violenta y el infanticidio, pues el estado puerperal que ejerce influencia sobre la mujer no implica la irrupción de un estado pasional o de emoción capaz de generar violencia[171].

La madre puede cometer infanticidio con total calma y tranquilidad. En tal sentido, si concurre la circunstancia de matar bajo la influencia del estado puerperal y la emoción violenta –como cualquier otro estado pasional– puede aplicarse ambas atenuantes en la determinación judicial de la pena[172].

Por otro lado, la especial configuración del infanticidio y la baja sanción de la que goza permite concluir categóricamente que para la ley peruana el hecho de dar muerte a un ser indefenso, como puede ser un niño recién nacido o que está naciendo, no supone la realización de la circunstancia agravante de alevosía[173], ya que de otro modo no se llegaría a entender el tratamiento penal benigno que se le prodiga a esta clase de actos.

V. INIMPUTABILIDAD E INFANTICIDIO

La madre afectada por el estado puerperal, tal como se ha señalado, tiene disminuida su capacidad personal y la asequilibilidad normativa. Ella no está en condiciones de responder de manera igual que una mujer normal a los requerimientos y exigencias del ordenamiento jurídico. Si bien puede comprender la magnitud del injusto[174] no está en condiciones de motivarse de manera adecuada y de forma normal, ya que su capacidad se encuentra afectada por la influencia del estado puerperal.

---

[171] Pese a ello, algunos autores señalan que el estado puerperal y la emoción violenta son conceptos psicopatológicos: LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

[172] Cfr. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., pp. 180 y 185; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 109.

[173] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 108; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

[174] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119.

No obstante, ha de valorarse el hecho que la influencia del estado puerperal puede ser de tal magnitud e intensidad que perjudique de manera severa y profunda la conciencia de la madre, provocando una situación de inimputabilidad y falta de comprensión del acto que realiza. Ello es frecuente en los casos de fiebre[175], locura[176] o psicosis puerperal[177] en los que la madre ve afectada de manera severa su facultad de autodeterminación y de conciencia, supuestos en los que el ordenamiento jurídico renuncia a imponer una pena por haber una falta de necesidad de la misma. En caso se verifique un estado de inimputabilidad no interesa si se trata de una psicosis del puerperio o si dicho estado ha causado una psicosis maníaco-depresiva o de esquizofrenia[178]. El embarazo puede llegar a producir trastornos nerviosos de orden tóxico[179].

En estos casos, en los que se discute o es posible la configuración del estado puerperal como causal de inimputabilidad, la realización de la pericia médica y psiquiátrica se torna indispensable y hasta obligatoria con el fin de determinar la real influencia y la magnitud del estado puerperal en la psique de la mujer.

El estado puerperal no es un estado de alteración patológica de las facultades mentales[180], en el sentido de alienación o enajenación mental, ni es tampoco una psicosis. Constituye un estado de menor gravedad (imputabilidad disminuida)[181] que disminuye la capacidad de culpabilidad[182].

---

175 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 214.

176 Cfr. LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

177 Cfr. RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 533; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., pp. 114 y 119.

178 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 77.

179 Cfr. LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

180 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 77.

181 Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119.

182 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 71; LEVENE, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94, alude a un «*estado de semialienación mental transitorio*».

La posibilidad de que se aplique la atenuación de responsabilidad restringida por el hecho de que la madre cuente con la capacidad de autodeterminación disminuida debe negarse, pues la misma se halla contenida ya en la configuración del delito cuando se alude a «*bajo la influencia del estado puerperal*». No es posible aplicar una doble atenuación por la misma causa[183].

VI. PARTICIPACIÓN

Tal como se apuntó, el infanticidio es un delito especial. Ello determina que solo pueda ser autor del delito la madre que mata a su hijo biológico como producto de la influencia del estado puerperal. No es posible que se configure el delito sobre la base de una adopción de un recién nacido. En este caso habrá un delito de parricidio consumado. La ley configura el privilegio sobre la base del acto de matar de la madre que recae sobre el hijo biológico.

La circunstancia del estado puerperal al constituir una forma de culpabilidad atenuada representa una circunstancia altamente personal que no se transmite a los demás intervinientes en el hecho[184] (artículo 26° del CP).

No hay posibilidad alguna de plantear la figura de la **coautoría**, ya que en el delito en estudio lo esencial no tanto es si existe dominio del hecho, sino la infracción de un deber y la realización de una cualidad concreta y específica exigida por la ley: la condición de madre biológica. Por tanto, aun cuando haya un codominio a nivel de los actos ejecutivos entre la madre y un tercero en el acto de matar al niño, solo la madre responderá como autora de infanticidio y la otra persona como autora, ya sea de homicidio simple o, según el caso, de parricidio como sucede, por ejemplo, en la hipótesis bastante frecuente de que el padre cause la muerte de su hijo conjuntamente con la madre.

---

[183] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 119.

[184] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 215; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 117.

También es posible la configuración de la **autoría mediata**. Ello ocurre en el caso en el que la madre instrumentaliza a un tercero para que mate a su hijo ya sea mediante error o coacción, v. gr. la madre solicita que un laboratorista le aplique a su hijo una inyección que supuestamente un médico le ha recetado, la cual contiene una dosis mortal.

Para un sector de la doctrina peruana los partícipes no se benefician con la rebaja de la pena que se plantea a favor de la autora del delito[185], por lo que deben responder como autores de homicidio o parricidio[186].

En el infanticidio es absolutamente posible la **complicidad**[187], ya sea primaria o secundaria. Asimismo, es indiferente si esta se presenta a través de consejos técnicos de, por ejemplo, cómo matar a su hijo sin dejar una huella aparente, o de una ayuda material, v. gr. proporcionando el instrumento con el que la madre comete el hecho[188]. Constituye también complicidad el reforzar la decisión de la madre de matar a su hijo, ya sea apoyándola en su decisión o estableciendo las razones de la conveniencia de la muerte.

La **instigación** es aplicable también al infanticidio[189]. Ella se da cuando existe la determinación o la creación de la decisión de la mujer para que mate a su hijo, la cual puede provenir de cualquier persona, conocida o no, o, incluso, de un propio familiar, v. gr. el padre del hijo o su abuelo. Es necesario que el influjo psíquico sea el motivo esencial del infanticidio, de otra manera solo habrá una tentativa de instigación que, como se sabe, es impune.

---

185 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 117; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 123; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 215.

186 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 154.

187 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 126.

188 Vide RUBIANES, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit., T. I, p. 532.

189 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 126.

Uno de los problemas dogmáticos más interesantes que se presentan en este ámbito es resolver la pregunta si la madre que participa, ya sea como cómplice o instigadora, de la muerte de su hijo responde como cómplice de homicidio simple o como autora de parricidio. Aquí es posible sostener dos puntos de vista.

El primer planteamiento sostiene que la madre es sancionada por infanticidio cuando ejecuta directamente el delito o cuando participa o ayuda a su ejecución[190]. Habría aquí una suerte de razonamiento *a fortiori*: si la madre como autora responde por infanticidio, con mayor razón debe calificarse el comportamiento de mera participación, obteniendo en ambos casos igual privilegio[191].

La segunda postura, que es la posición que asumimos, considera que la participación de la madre está sometida a la unidad del título de la imputación, por lo que deberá responder por el delito que comete el autor (homicidio simple o parricidio) y no por infanticidio, con la observación que su pena puede ser rebajada hasta llegar al marco penal del infanticidio.

---

[190] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 120.

[191] En sentido semejante: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 83.

CAPÍTULO VII
HOMICIDIO IMPRUDENTE

Artículo 111°.- «El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° incisos 4, 6 y 7, cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

La pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años».

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El antecedente legislativo inmediato del artículo 111° del Código Penal que regula el homicidio culposo puede encontrarse en el artículo

156° del Código Penal de 1924 que se basaba a su vez en el art. 104° del Código Penal suizo de 1918[1].

El legislador de 1991 en la regulación del artículo 111° sustituyó la referencia a la *negligencia* que se encontraba en el Código anterior por la terminología de la *culpa*, común y tradicional a nuestra legislación, más aún si se lo contempla desde una perspectiva histórica y de acuerdo con nuestras raíces culturales[2] [3]. Se logra con ello, además una homogeneidad terminológica, siempre necesaria en las codificaciones, en cuanto a técnica legislativa, pues se compatibiliza el artículo 111° con el artículo 11° del Código Penal en donde se hace referencia a la culpa[4].

El Código Penal de 1863 no contenía una disposición particular sobre el homicidio culposo, el mismo que se construía en virtud de la remisión a los artículos 2°, 60° y 230° del Código Penal La doctrina de

---

[1] Ampliamente: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio y aborto*, cit., p. 124; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 218.

[2] Nuestra doctrina, de manera mayoritaria, se inclina por la utilización del término culpa en vez de imprudencia o negligencia. Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 711; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 382; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 509 y ss., quien *de lege lata* acepta la terminología del Código, pero *de lege ferenda* discrepa, afiliándose al uso del término imprudencia por ser, según su criterio, «más transparente, claro e inequívoco». Utiliza la voz imprudencia: VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 245.

[3] Ello no obsta, sin embargo, para que un sector significativamente importante y calificado de la doctrina comparada, principalmente española, y por influencia decisiva de la codificación de 1995, se incline por la utilización de la terminología de la *imprudencia* en vez de *culpa* al considerar que esta última tiene una prolija polivalencia semejante a la que tenía en el derecho romano: como equivalente a infracción, hecho ilícito o pecado, como culpabilidad o responsabilidad que es causa moral, o también como imprudencia. Por todos: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 492, quien afirma que culpa es «un término que induce a error al no jurista». También, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/2; p. 268: «La palabra imprudencia tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la comprensión respecto al término 'culpabilidad', de uso muy distinto»; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 534. Sin embargo, hay quienes señalan que la cuestión terminológica no es determinante, vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 524.

[4] El artículo 11º del CP prescribe: «Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o *culposas* penadas por la ley».

ese entonces destacaba que una formulación tan genérica como la que se tenía, daba lugar a la más amplia arbitrariedad judicial[5].

Sin embargo, el codificador de 1991 creyó conveniente mantener el esquema de redacción típica del «*homicidio por negligencia*» propio del Código Penal derogado, pues en el párrafo primero del artículo 111° reguló el homicidio culposo simple o básico y en el segundo párrafo plasmó el homicidio culposo calificado, haciendo referencia a dos circunstancias agravantes[6].

En efecto, el legislador en el segundo párrafo del artículo 111° consideró necesario añadir una agravante más al homicidio imprudente castigando en forma calificada «*cuando sean varias las víctimas*». Esta circunstancia, que era una novedad respecto a la codificación pasada, se incorporaba a otro supuesto agravatorio de la «*inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación e industria*» que ya se encontraba presente en el Código Penal de 1924[7].

La Ley N° 27753 (9 de junio de 2002) modificó la regulación, entre otras figuras, del delito de homicidio imprudente. El legislador configuró la estructura legislativa de la infracción en tres párrafos.

En el primer párrafo, conservó la estructura básica del delito de homicidio imprudente manteniendo inalterable su tratamiento, tanto en sus elementos típicos como respecto a las sanciones penales (pena privativa de libertad no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario).

En el segundo párrafo, configuró tres circunstancias agravantes de la infracción. La primera referida a la conducción en estado de ebrie-

---

5 In extenso: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 219.

6 Hay también un cambio de la clase de penalidades: mientras en el CP derogado se imponía la pena de *prisión*, hoy, en razón a una simplificación de la clase de sanciones jurídico-penales, se impone una *pena privativa de libertad*, que por lo demás en su estructura y naturaleza guardan gran semejanza.

7 El artículo 156º del CP de 1924 establecía como supuesto agravatorio del homicidio culposo la siguiente regulación: «*La pena será prisión no menor de un mes ni mayor de cinco años, si por negligencia el delincuente* hubiere infringido un deber de función, de su profesión o industria».

dad o bajo el efecto de los estupefacientes «*con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro*». La segunda si la conducta imprudente causa «*varias víctimas por el mismo hecho*». La tercera si el delito «*resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito*». En este párrafo el legislador utiliza el conectivo lógico semántico «*o*». En estos casos se establece la sanción que va entre cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad.

En el tercer párrafo, se ha regulado a la vez dos subagravantes. La primera «*si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria*», estableciéndose una sanción no menor de cuatro años de pena privativa de libertad, y en el segundo caso «*cuando sean varias las víctimas del mismo hecho*», imponiéndose una pena no mayor de seis años.

La modificación legislativa introducida desde el año 2002 posee una críticable formulación típica a la vez que presenta una caótica y censurable configuración de las circunstancias agravantes, en la medida que supone una lamentable reiteración de los elementos típicos agravatorios y una clara falta de una visión de una política criminal racional (*ut infra*).

La ubicación del homicidio culposo en lo que atañe a la sistemática de los delitos de homicidio no ha variado sustancialmente si se lo compara con la anterior regulación. Se ubica después del infanticidio (artículo 110°) y antes el homicidio a petición (artículo 112°), precepto último que no existía en el Código Penal anterior y que constituye la novedad más importante en la nueva sistemática de los delitos de homicidio.

II. VALORACIÓN DOGMÁTICA Y CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

1. Generalidades

Recientemente se ha considerado al delito imprudente como la modalidad de injusto más atrasada si se lo compara con la preocupa-

ción que había despertado el delito doloso[8]. Incluso, se ha llegado a sostener que la dogmática penal ha dado el trato de madrastra al delito imprudente[9] y que su desarrollo se había producido a la sombra de aquel delito. Lo mismo ocurría en la legislación que trataba al delito imprudente de manera superficial y poco clara[10].

El delito imprudente representa una forma básica del comportamiento delictivo, junto a la conducta dolosa[11]. No se trata de una forma especial del hecho punible[12] como normalmente se considera a la tentativa, la participación criminal y el concurso. La imprudencia no es un *minus* respecto al dolo, sino un **aliud**[13]. Estamos ante un modelo específico de injusto penal[14].

La estructura básica del delito: tipo de injusto y culpabilidad se encuentran tanto en el delito imprudente como en el delito omisivo. Ambos tienen su propio injusto y culpabilidad[15].

---

[8] Cfr. FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 247: «el delito culposo se halla confinado a una zona marginal del sistema penal que de un tiempo a esta parte ocupa un espacio de creciente importancia»; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 537; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 205. En la doctrina nacional, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, Grijley, Lima, 2007, p. 33.

[9] Cfr. FREUND, Georg, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», en *Revista de Derecho penal. Delitos culposos*, T. II, Santa Fe, 2003, p. 80.

[10] Cfr. NÚÑEZ BARBERO, «La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática», cit., p. 61.

[11] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 629; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 206. En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*; Vol. I, 2000, p. 194; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 713.

[12] Sin embargo, así: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 602.

[13] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 594; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 634.

[14] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 537; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 320; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 55.

[15] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 602; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199, consideran que la culpa posee criterios de atribución de responsabilidad que posee una estructura de responsabilidad distinta al dolo; FIANDACA/

La imprudencia, como el dolo, es un concepto eminentemente normativo[16] en la que se constata la conducta concreta del agente con el modelo de conducta que establece la norma de diligencia[17].

La punibilidad del delito imprudente se restringe a los «*casos expresamente previstos en la ley*»[18], que se caracteriza por la renuncia a la configuración de una cláusula general de castigo de la imprudencia, la cual representa una plausible decisión político-criminal del legislador que se encuentra profundamente justificada[19].

La regulación de la imprudencia como númerus clausus toma en cuenta el desarrollo legislativo de la imprudencia o culpa en el Derecho comparado[20], tal como ocurre en el Derecho alemán, italiano, sui-

---

MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 536; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 249. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 716; Sobre el injusto imprudente, vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda.

[16] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 195, considera que la imprudencia es un elemento normativo, mientras que el dolo es un «*coeficiente psíquico real*»; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 248; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 323; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 536; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 206. En la doctrina penal peruana: GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 194; MAZUELOS COELLO, Julio, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», en Anuario de Derecho Penal: Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano, Lima, 2003, p. 151; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 66.

[17] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 195.

[18] Cfr. CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 291; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 195; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/63, p. 455; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 251.

[19] Cfr. HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 595 y 605; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 86 y 93; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 630; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 122.

[20] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 80; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 40; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 327; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 55; JORGE BARREIRO, «Homi-

zo, portugués, austriaco, argentino, colombiano, etc. Se trata de una limitación formal del poder punitivo del Estado[21]. Sin embargo, nuestro derecho positivo a veces adopta un sistema de imputación imprudente limitada en algunos capítulos del Código Penal[22].

No se castiga toda o cualquier realización imprudente que lesiona o pone peligro a un bien jurídico. Para que ello ocurra debe encontrarse expresamente prevista en la ley. Una regulación cerrada o específica de la imprudencia como ocurre en nuestro Código Penal permite, desde el punto de vista formal, desarrollar el contenido del *principio de taxatividad* en este ámbito[23]. Asimismo, afianza el logro de la seguridad jurídica[24] y la certeza[25] en la incriminación de las conductas culposas, informando al ciudadano qué comportamientos se encuentran prohibidos y qué acciones son tomadas como lícitas por el ordenamiento jurídico-penal.

La sanción de la imprudencia reviste un carácter **excepcional**[26] y **subsidiario**[27]. Excepcional por que se requiere de una regulación

---

cidio y sus formas», cit., p. 405; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 741. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 151; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 125.

21 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 522.

22 Por todos, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 384.

23 In extenso: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 42/14, p. 119; FORTI, Gabrio, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 64; SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 86. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 152.

24 Cfr. HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 593; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 542; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 122.

25 Cfr. FORTI, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, cit., p. 64.

26 Vide ROMEO CASABONA, Carlos, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», en *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*, T. II, p. 15; SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 87; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 534 y 542; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 166; FORTI, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, cit., p. 64; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 291. En la doctrina peruana: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., pp. 709 y 710; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 152; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 68.

27 Por todos, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/63, p. 455; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196. También: HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 601.

legal específica para la punición de la imprudencia, tal como lo exige la aplicación constitucional del principio de legalidad. Subsidiario debido a que el castigo de la imprudencia es utilizado para lograr una tutela más amplia y reforzada[28] de los bienes jurídicos de mayor importancia. La regulación de la imprudencia sería ilógica si previamente el legislador no ha garantizado y previsto de manera anticipada el castigo del delito doloso. Con razón, se señala que la punición de la imprudencia presupone el castigo del comportamiento doloso[29].

El carácter excepcional de la punición del delito imprudente, respecto al delito doloso, es producto del menor desvalor de esta clase de hechos[30] debido a que se tratan de ilícitos de menor trascendencia[31]; de tal modo que esta menor gravedad guarda relación con su menor necesidad y merecimiento de pena, lo que influye directamente en el tratamiento legislativo del delito. El menor contenido de ilícito de la culpa genera dos consecuencias materiales: i) un menor tratamiento penológico y asignación de sanción, en especial desde el punto de vista cuantitativo y que puede llegar a influir, incluso, en la clase de pena[32] y ii) en el número de conductas imprudentes sujetas a pena que suele ser inmensamente menor al comportamiento doloso[33].

---

[28] Cfr. FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 247.

[29] Lo describe: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 127.

[30] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 87; FORTI, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, cit., p. 65; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 594, quienes aluden a un menor grado de injusto o de una inferior contradicción al ordenamiento jurídico de la imprudencia; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321, aluden a un menor grado de rebelión contra el ordenamiento jurídico, pese a que los daños causados pueden ser mayores que el causado por los delitos dolosos. En la doctrina peruana: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 710; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 152; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385.

[31] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 42/2, p. 116. En la doctgrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 710 quien considera que existe una menor culpabilidad en los delitos imprudentes.

[32] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 710.

[33] Cfr. HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría*

La posibilidad de que el sistema de númerus clausus asumido por la legislación penal peruana puede llevar a la aparición de lagunas de punibilidad, queda cubierto por la aplicación de los criterios del dolo eventual y el empleo racional y dentro de los cauces de la legalidad de la comisión por omisión[34].

El respeto del principio de intervención mínima[35], y en particular del principio de fragmentariedad[36], en la imprudencia conduce a limitar el castigo a los casos en que se afecta bienes jurídicos de indiscutible valor, como, por ejemplo, el delito de homicidio o lesiones[37], en los que se demuestra la insuficiencia de los mecanismos extrapenales para su prevención[38]. Ello no significa que la sanción penal de la imprudencia se restrinja a los supuestos de afectación de los bienes jurídicos personales, pues de ser así se le restaría no solo eficacia dogmática sino que se terminaría por quebrantar los criterios político-criminales más asentados.

Con todo, se debe tener suma cautela a la hora de extender la configuración de la imprudencia a los casos de protección de bienes jurídicos colectivos v. gr. delitos contra la administración pública, delitos

---

jurídica del delito, cit., p. 597, quienes aluden que la excepcionalidad de la imprudencia responde a razones político criminales, a razones de practicabilidad y de prueba.

34 Cfr. DE VICENTE REMESAL, Javier, «La regulación de la imprudencia en el Código Penal», en *Revista Xurídica Galega*, p. 14.

35 Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321; BUSTOS RAMIREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 166; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., pp. 68 y 126.

36 Vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 523; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 154; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 710.

37 Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 93: «Se trata de casos con clara necesidad de pena, dada la reiteración de los mismos, la insuficiencia de los mecanismos extrapenales para su contención y la inquietud social ante los fenómenos en los que se plasman las consecuencias más indeseables de la moderna *sociedad del riesgo*». En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 154.

38 Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 543.

contra la administración de justicia, etc.[39] Se ha respetar la regla que limitación de la libertad personal, rasgo de la prohibición penal, debe verse compensado por los beneficios a la sociedad y en particular con la protección idónea y proporcional de los bienes jurídicos frente a las conductas que los afectan[40].

La punición del comportamiento imprudente se explica: i) por la necesidad de proteger a los bienes jurídicos más importantes que posibilitan la participación social en un Estado de Derecho[41] y ii) por la necesidad de prevenir y contener las diversas fuentes de peligro que como consecuencia del desarrollo social, ponen en peligro dichos bienes jurídicos y que provienen de la falta de cuidado o negligencia[42].

La importancia del homicidio imprudente –y, en general del delito imprudente– ha crecido de manera notable y relevante, al compás del desarrollo tecnológico e industrial[43], de la mano del desarrollo de la producción, la motorización en masa[44], inherente a esta nueva sociedad del riesgo[45]. El progreso científico y tecnológico ha traído consigo

---

[39] Vide MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 332; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 543.

[40] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 94.

[41] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321.

[42] Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 630.

[43] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 165; NÚÑEZ BARBERO, «La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática», cit., p. 61; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 205; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 120; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 123.

[44] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 192; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 536; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/63, p. 455; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 247; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 461; TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1972, p. 56. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 709; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 381.

[45] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 93; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 709; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 28.

el desarrollo de ciertas actividades sociales que generan beneficios a las personas y a la sociedad, pero a la vez dicho desarrollo registra un notable incremento del riesgo que muchas veces desencadena resultados lesivos[46].

La modernidad y posmodernidad han producido diversos y nuevos peligros para la sociedad y las personas que las componen[47], de allí que se busque lograr un equilibrio entre los diversos riesgos prohibidos y la libertad de acción de los ciudadanos[48].

El peligro forma parte de nuestro actuar cotidiano[49], hecho que lleva a una preocupación por la positivización de las normas cautelares que determinan el cuidado necesario[50]. El Estado interviene buscando una estandarización mínima de los comportamientos[51]. Ello supone reconocer que cualquier persona, por un error, una desatención o una negligencia, puede cometer un delito imprudente[52].

El desarrollo y evolución de la vida social en sus diversos sectores ha generado que el deber de cuidado no se presente como mera evitación de acciones peligrosas, sino como una planificación y ordenación de riesgos. Ya no se busca evitar que haya conductas peligrosas. Lo importante es configurar y controlar los riesgos[53].

---

46 Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 11; GARCÍA RIVAS, Nicolás, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 369.

47 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 123; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 120.

48 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 29.

49 Cfr. KAUFMANN, Armin, «El delito culposo», en *Nuevo Pensamiento Penal*, p. 473.

50 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/82, p. 461; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 467.

51 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 290.

52 Cfr. FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 80.

53 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 288.

Debido a la existencia de graves peligros que amenazan a los bienes jurídicos como consecuencia de la falta de cuidado, es que se reclama hoy en día la intervención más incesante del legislador en el castigo de los comportamientos imprudentes, que llegado el caso puede ser igual en cuanto a su magnitud que el comportamiento doloso[54]. Incluso, hay quienes observan que la era científico-tecnológica ha trasformado al delito imprudente en la forma más común y frecuente de responsabilidad penal[55].

2. Homicidio por imprudencia grave y por imprudencia leve

A pesar de la influencia de los proyectos o la nueva regulación del Derecho penal español en la estructuración de nuestro Derecho penal, el legislador peruano de 1991 no ha tenido en cuenta la reforma producida, entre otros ámbitos, en la figura de la culpa que se llevó a cabo en España, por el año de 1989 (Ley Orgánica 3/1989 del 21 de junio) y en donde manteniendo el sistema de cláusulas generales de la imprudencia (derogado en 1995) se redujo severamente el ámbito de la punibilidad de la imprudencia[56] que afectó particularmente al homicidio culposo, y en los que se distinguió *dos tipos de injusto por imprudencia*: el homicidio por imprudencia temeraria y el homicidio por imprudencia simple.

Solo el **homicidio por imprudencia temeraria o grave** era constitutivo de **delito**. El homicidio por imprudencia simple daba lugar a

---

[54] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 630, quien llama la atención: «a esta mayor severidad se debe corresponder un mayor esfuerzo y cuidado en el esclarecimiento de la dogmática del delito imprudente».

[55] Por todos, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/63, p. 455.

[56] La reforma legislativa española aludida limitó la punibilidad de la imprudencia, que se encontraba sometida a una cláusula general de incriminación, en un doble sentido. Por un lado, la culpa simple con infracción de reglamentos, hasta entonces constitutivo de homicidio culposo en el segundo párrafo del artículo 565º del código derogado pasó a constituir una mera falta en el artículo 586º bis siempre que se trate de actos lesivos a bienes jurídicos personales. Por otro lado, la imprudencia simple, con o sin infracción de reglamentos, solo constituyó falta culposa cuando el hecho realizado por imprudencia simple hubiera constituido delito doloso. Quedaron también despenalizados los supuestos en los cuales la imprudencia simple hubiera constituido falta dolosa. Vide al respecto: GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 58.

una falta[57], existiendo, entre ellos, una diferencia en el plano de lo injusto que se determina por la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado[58].

Dicha reforma ha sido reproducida en su integridad por el Código Penal español de 1995, recibiendo la inmediata y feliz adhesión de la doctrina hispana. En dicho cuerpo legislativo, y particularmente en el artículo 142°, solo se considera homicidio culposo, o imprudente como reza literalmente la norma española, al que por «**imprudencia grave causare la muerte de otro**(...)».

El homicidio por imprudencia leve, o culpa insignificante, por mandato expreso de la norma no es comprendido por el artículo en mención, sino que constituye una **falta** (artículo 621° inciso 2). La doctrina penal española, cuando comenta la figura del homicidio imprudente no lo hace bajo esta rúbrica genérica y parca, tal como sucede en nuestro país, sino que denomina al artículo 142° del Código Penal como **homicidio por imprudencia grave**[59].

También el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966 regulaba en el artículo 16° II una descriminalización general de los casos de imprudencia leve[60].

---

57 En el caso del derecho español: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 332.

58 Para una mayor explicación por todos: GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 58; SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 96; JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 405.

59 Vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 49; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 54; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 149; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 22. Con dudas: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

60 Vide ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/119, p. 1041; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/55, p. 519; FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 83.

3. ¿Por qué castigar solo la imprudencia grave?

Creemos que en nuestro país una futura reforma del Código Penal. Penal que busque armonizar nuestras legislación con las modernas tendencias de la ciencia y legislación penal[61] debe tener en cuenta, entre otros puntos urgentes, la **limitación** del homicidio imprudente a los supuestos de **imprudencia grave o temeraria**, obedeciendo a serios postulados político- criminales y a principios del Derecho penal que se asientan sobre una mínima racionalidad.

Al respecto pueden citarse el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad.

a. Si por el principio de **intervención mínima** solo pueden castigarse las conductas más graves entre los ilícitos existentes y no cualquier vulneración a los bienes jurídicos, los comportamientos culposos, que son los más frecuentes en algunos sectores del tráfico de la vida social, deben encontrarse excepcionalmente sancionados. Ello guarda íntima relación, además, con la regulación del delito culposo en nuestro Código Penal que a diferencia del doloso, tiene una tipificación expresa y cerrada (sistema del númerus clausus), penándose siempre que se halle específicamente previsto en la ley (segundo párrafo del artículo 12° del Código Penal).

Resulta indispensable que el Derecho penal no capte cualquier clase de conducta culposa, sino solo aquellas acciones que revistan la infracción a un deber elemental de cuidado que el menos cuidadoso de los ciudadanos podía observar[62] (imprudencia grave o temeraria). El Derecho penal dependiendo de la importancia del bien jurídico, la dañosidad social de la conducta y los valores sociales en juego debe, según el caso, castigar como delito las conductas más graves y que la

---

[61] Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 129. Al respecto, para la situación alemana, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/52, p. 518, quien recuerda la tendencia legislativa alemana de exigir temeridad. En Portugal: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 667. En el caso italiano: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 211.

[62] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 179.

comunidad reprueba con especial énfasis, dejando los comportamientos menos graves o dañinos como objeto de regulación de otros sectores del ordenamiento jurídico o relegándolo a una simple falta.

El ordenamiento jurídico-penal en la regulación del homicidio imprudente debe realizar una doble selección valorativa: por un lado restringir el castigo de la culpa a una regulación (ley) expresa (artículo 12° y 111° Código Penal) –situación que ya se manifiesta en nuestro derecho codificado– y por otro lado, solo castigar como delito a una determinada clase de imprudencia: la más reprochable desde el plano jurídico: la *imprudencia grave*.

La restricción del delito de homicidio imprudente a los casos de culpa grave no implica que los supuestos de homicidio por imprudencia leve dejen de sancionarse penalmente o que carezcan de trascendencia jurídico-penal. Su castigo sigue vigente, pero este se remitirá a la regulación de las faltas en donde forzosamente deberá abrirse una norma especial la cual recoja la falta de **homicidio por imprudencia leve**.

La regulación del homicidio imprudente se desdoblaría, de esta manera, en dos: el **delito** de homicidio imprudente siempre que se trate de una imprudencia grave y la **falta** de homicidio imprudente cuando estemos frente a una imprudencia leve. El centro de la discusión, de aceptarse este planteamiento, traería consigo una serie de nuevos problemas en donde destaca la delimitación entre los casos de imprudencia grave y de imprudencia leve.

La doctrina y jurisprudencia nacional tendrían un nuevo material de trabajo que obligaría a desarrollar criterios propios y a tener en cuenta los avances que en este tópico se hayan logrado asentar en el Derecho comparado, el cual sería de suma utilidad.

b. El principio de **proporcionalidad** destaca que debe existir una adecuación, o correlato valorativo, entre un hecho determinado y la sanción que se pretende imponer. Para ello es necesario ponderar la importancia del bien jurídico lesionado, tanto en su estimación constitucional, social y jurídica, como la dañosidad social de

la conducta, representada, según entendemos, entre otros factores, por el disvalor de la acción y la consideración propia de la conducta, independientemente del disvalor del resultado, y que se manifiesta en los medios o en los modos de ejecución como también en la actitud interna disvaliosa.

Si se pretende imponer una pena, que de todas las sanciones jurídicas es la más grave, se debe exigir que la conducta a incriminar (inobservancia del deber objetivo de cuidado) encierre además un peculiar disvalor que guarde proporción con la clase de sanción jurídica (pena) y con la entidad o duración de la misma[63]. No puede estimarse como correcto desde un prisma político-criminal y desde la perspectiva valorativa que se traten de manera idéntica supuestos distintos de infracción a la norma de cuidado, máxime si una reviste mayor gravedad que la otra.

Se hace necesario distinguir la responsabilidad en función a criterios del grado del disvalor de la acción en la acción imprudente: cuando esta sea una infracción a reglas elementales de cuidado –que cualquier persona podía cumplir sin ninguna dificultad y esfuerzo adicional– debe plantearse la imprudencia grave, que en lo que aquí nos interesa daría lugar al delito de homicidio imprudente; mientras que la infracción leve, que solo el ciudadano sumamente cuidadoso y responsable podía evitar, dará lugar a un homicidio imprudente que deberá ser tratado como una falta.

No es correcto que distintas infracciones a la norma en cuanto a intensidad y magnitud del injusto sean tratadas de manera uniforme, consignando un mismo tratamiento jurídico-penal, más aún si se tiene en cuenta la variedad y frecuencia de las conductas culposas en el mundo contemporáneo que hace que sea considerada como la modalidad de delincuencia típica en estos tiempos.

---

[63] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/56, p. 519: «Por lo demás tal solución es recomendable (el castigo de la imprudencia grave) también en vista al sentido y fin de la pena estatal, que debe estar limitada a infracciones graves contra las normas sociales [...]. La conminación penal a lo sumo puede producir que el individuo justamente no se comporte indiferente, temeraria, o desconsideradamente».

De otro modo se llegaría al extremo de sostener que cualquier clase de infracción a los reglamentos o a las normas de cuidado (que por su número y diversidad nadie las ha sistematizado u ordenado aún)[64] que produzca una muerte determinará automáticamente una responsabilidad penal por la comisión de un delito. Un deber del tráfico que solo unos cuantos conocen o que por su complejidad no se puede cumplir si no es con gran dificultad, de infringirse levantaría la calificación por homicidio culposo.

Una práctica de esta índole no toma en cuenta la necesaria proporción y adecuación valorativa que debe existir entre una conducta culposa y la sanción que se impone, la cual obliga a reservar un distinto tratamiento cuando se trate de un injusto notoriamente menor. Solo la imprudencia grave debe dar pie a la calificación de un delito, mientras que la imprudencia leve a una falta. De no ser así, se pasa por alto una valoración social, profundamente asentada, respecto a que solo los comportamientos más graves que lesionan bienes jurídicos deben generar responsabilidad penal, reservando a otras disciplinas del ordenamiento jurídico (Derecho civil, Derecho administrativo, etc.) o al Libro de Faltas del Código Penal, las infracciones leves o no tan reprobables.

La propuesta glosada sólo se plantea desde el plano *de lege ferenda*, teniendo en cuenta, como se dijo líneas atrás, una futura reforma legislativa que ha de reparar en los avances y progresos que en este punto se han efectuado en el Derecho comparado.

De lege lata es inobjetable que en el Perú cualquier clase de vulneración al deber objetivo de cuidado, sin importar la magnitud o entidad, puede constituir un delito de homicidio culposo, edificándose la

---

[64] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/18, pp. 1003 y ss., quien al referirse a la infracción de normas de tráfico como posible criterio de la imprudencia señala que «se trata de reglamentaciones creadas por asociaciones o intereses privados» y pone como ejemplo el hecho de que en Alemania existe aproximadamente 12,000 normas de la industria, 2500 preceptos de la Asociación de Electrotécnicos alemanes, entre otras muchas reglas técnicas; que hacen difícilmente dominable el manejo y conocimiento de los deberes objetivos de cuidado según se avance en la especialización.

infracción tanto por una culpa leve o una culpa grave. Somos conscientes que nuestro planteamiento resulta problemático, pese a las sólidas razones que lo favorecen y respaldan.

Con todo, se debe también tomar en cuenta las voces del Derecho comparado que recuerdan que los esfuerzos por excluir del ámbito del Derecho penal los casos de imprudencia leve ha fracasado debido a las dificultades conceptuales, respecto a las bases y puntos de su diferencia, y a los problemas probatorios inherentes a su solución[65].

4. ¿Son necesarias nuevas agravantes en el homicidio imprudente?

El legislador nacional tampoco ha considerado necesario valorar como una circunstancia calificante del homicidio culposo al hecho que este se produzca por el empleo de un **medio particular**, que dada la experiencia y desarrollo de la sociedad contemporánea resulta muy recurrente como es el caso de un **vehículo a motor** o el uso de un **arma de fuego**, circunstancias recogidas en el Código Penal español y el brasileño.

Puede estimarse, en una argumentación contraria, que estos medios de comisión se ven abrazados ya por la referencia a la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, incorporada en el segundo párrafo del artículo 111°. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no siempre es así, pues el manejo de un vehículo o el empleo de un arma no tiene que ver forzosamente con la inobservancia de una regla de profesión u ocupación, dado que quien lo hace no necesariamente debe de cumplir con dichas características, v.gr. un arma puede ser manejada por un inexperto.

Con todo, nos parece que una referencia legal en ese sentido no es necesaria, por cuanto basta aplicar las reglas de determinación judicial de la pena contenidas en el artículo 46° del Código Penal, sin que se

[65] Vide HIRSCH, Hans Joachim, «La antijuridicidad del delito culposo», en *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*, T. II, pp. 76 y ss.

atiborre de más figuras o circunstancias a este código o al homicidio imprudente.

5. La imprudencia como límite mínimo de la responsabilidad penal

En lo que atañe a la formulación del delito imprudente, y en particular a lo que se refiere al homicidio de esta clase, se ha de señalar que la **imprudencia es la modalidad mínima y más elemental de responsabilidad penal** reconocida en nuestro derecho positivo (artículo 11°) y en la mayoría de las legislaciones de nuestra órbita cultural.

Representa junto al dolo las dos únicas formas de imputación subjetiva que recoge nuestra legislación, la cual integra, en una noción amplia (político- criminalmente), el principio de culpabilidad o, en sentido más riguroso, el principio de **responsabilidad subjetiva**[66].

Se apunta que la imprudencia como imputación subjetiva es la forma más leve de responsabilidad penal y comparte con el dolo un suceso objetivo idéntico[67]. No existe una tercera forma de responsabilidad, aparte del dolo y la culpa. Ambos constituyen tanto la forma de imputación subjetiva más grave y más leve, respectivamente.

La imprudencia ya no es, como se consideraba hasta hace unos pocos años, una categoría de la culpabilidad penal. Hoy en día es una forma de delito autónoma e independiente que posee su propio ilícito. En este sentido se alude a la imprudencia como categoría de ilícito[68].

Más allá de los límites de la imprudencia no hay responsabilidad penal alguna. No es lícito imponer alguna penalidad, cualquiera sea su

---

[66] Al respecto, conceden autonomía a este principio con interesantes apreciaciones, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 86; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 334.

[67] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/16, p. 506: «externamente, el actuar doloso y el imprudente no se diferencian».

[68] Vide ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, N° 83, p. 99.

clase, por más benigna que parezca. La imprudencia representa el límite mínimo que marca la frontera entre el castigo penal y la más absoluta impunidad. Lo que se encuentra fuera de su ámbito es el *caso fortuito*[69] o la mera responsabilidad por el resultado, que se fundan únicamente en el daño efectivamente producido y no tiene en cuenta para nada cualquier referencia subjetiva.

En materia penal cualquier hecho por perjudicial o dañino que sea, que no contiene los elementos estructurales de la imprudencia, será considerado como una **desgracia** o un **simple accidente** o, en el peor de los casos, como un **suceso luctuoso** que el Derecho no tiene por qué reprobar con una pena, sino simplemente lamentar[70]. Por ello se afirma que la pura casualidad, la concatenación aciaga de circunstancias, lo imprevisible o lo inevitable[71] que producen un determinado resultado, lesivo a bienes jurídicos, no puede generar responsabilidad alguna, legitimando la imposición de una pena o medida de seguridad.

6. La pena del homicidio imprudente

La penalidad del homicidio imprudente no es uniforme en la legislación penal peruana. Ello se debe a la taxonomía que se efectúa distinguiéndose entre homicidio imprudente simple y homicidio imprudente agravado, en sus dos circunstancias. El tipo básico recibe una penalidad no mayor de dos años, el segundo párrafo registra un marco penal cuyo límite mínimo es de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad; el tercer párrafo recibe una pena de cuatro a seis años, añadiéndose en el segundo y tercer párrafo una sanción accesoria como es la inhabilitación conforme al artículo 36° del Código Penal.

---

[69] Sobre el caso fortuito vide COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 591; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 637; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 635; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 302; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. I, p. 268; CASTILLO ALVA, *Principios del Derecho penal. Parte* general, cit., p. 487, al ubicarlo como una de las consecuencias materiales del principio de responsabilidad subjetiva y como una modalidad de responsabilidad penal por el resultado.

[70] Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538.

[71] Cfr. FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 93.

Respecto a la penalidad del tipo básico del homicidio imprudente, cabe destacar su relativa proporcionalidad respecto a la naturaleza de los deberes infringidos y la actitud interna disvaliosa demostrada en la ejecución del hecho; no obstante, que el bien jurídico protegido en esta clase de homicidio siga siendo el mismo y se mantenga inalterable en relación con otras formas del homicidio como el asesinato, homicidio simple y el parricidio.

Aquí se protege a la vida humana desde el momento que comienza el parto, ya sea por las contracciones intrauterinas o los dolores del parto, siempre que se trate de un alumbramiento natural o con la primera incisión si se trata de una cesárea o parto artificial. El límite máximo está dado por la cesación definitiva e irreversible de las funciones neuro-cerebrales.

La razón de su menor penalidad, si se lo compara con las demás modalidades del homicidio, no reside en una menor importancia del objeto de protección (vida humana), sino más bien en la menor disvaliosidad de la conducta culposa frente al comportamiento doloso que lo hace desde el prisma político-criminal portador de un menor juicio de desaprobación social y jurídico.

7. Tratamiento penológico del homicidio imprudente en relación con las demás figuras delictivas del Código Penal

Resulta sumamente contradictorio, si se lo examina desde el plano de una política criminal racional, enraizada en valores de respeto a la dignidad de la persona humana, el hecho que no se considere el *quantum* de la pena del homicidio, entre ellos el imprudente, como criterio orientador de las sanciones al momento de emprender y realizar las reformas legislativas de los diversos delitos de nuestro Código Penal; más aún si la ubicación del homicidio, encabezando la parte especial trae como consecuencia la asunción de una ideología eminentemente personalista, que obliga, como corolario lógico, a que los delitos contra la vida marquen un termómetro y la pauta principal de referen-

cia de las penalidades de los otros delitos del Código Penal al reflejar la más alta importancia dentro de la escala valorativa de la comunidad y de la sociedad.

Puede verse, y en lo que atañe principalmente al homicidio imprudente, que las penalidades de otros delitos que, desde el punto de vista valorativo del ciudadano medio y desde la perspectiva ético-social, son menos graves, poseen en realidad penalidades sumamente elevadas, muy por encima de aquel, lo cual no guarda proporción con la importancia del bien jurídico protegido, ni con el disvalor de conducta que se manifiesta en el modo o medio de ejecución o la actitud interna disvaliosa.

Así, y solo para citar algunos ejemplos, causa sorpresa que un hurto agravado (de 3 a 6 años), un robo simple (de 6 a 15 años), una extorsión (de 10 a 20), un delito de peculado (de 2 a 8), un delito de corrupción de magistrados (de 6 a 15) sea más grave que un homicidio imprudente simple y en muchos casos la penalidad también supere la del homicidio imprudente agravado.

Lo mismo sucede cuando se compara al homicidio imprudente con otros delitos imprudentes como el caso de la facilitación culposa de los delitos contra el patrimonio cultural (artículo 229° segundo párrafo) que tiene una penalidad de dos años.

Con una política criminal de esta índole parece que matar de modo imprudente a una persona es igual de grave que participar en el apoderamiento de un bien prehispánico (un huaco). Igual sucede con la revelación imprudente de secretos (artículo 330°) que es un delito contra el Estado y la defensa nacional o el caso del peculado culposo (artículo 387° tercer párrafo) cuya modalidad agravada es mayor que la del homicidio imprudente simple.

Tal hecho no solo refleja una notoria perversión valorativa respecto a la estimación de los diversos bienes jurídicos que componen el Código Penal, sino que, además, y en lo que aquí nos interesa, demues-

tra lo poco preocupado que se encuentra el legislador en el sistema de tabulación de penas, descuidando el papel rector que, como bien jurídico, cumple la vida desde el plano constitucional.

Es llamativo, por lo groseramente incorrecto, que los valores patrimoniales (hurto, robo o extorsión entre otros) o la deslealtad contra la función pública (peculado, corrupción de magistrados etc.) tengan un puesto preferente en la tutela penal por encima de bienes jurídicos elementales para el individuo como los que protege el homicidio imprudente.

En el Perú es más grave hurtar, robar o extorsionar que matar imprudentemente a una persona. Con ello el mensaje normativo o pedagógico social de la norma penal se invierte gravemente, pues cualquier ciudadano puede entender que el ordenamiento jurídico plantea que entre robar o matar (culposamente), se puede optar por esto último ya que siempre se recibirá una penalidad menor.

La sanción del homicidio imprudente guarda coherencia y proporción con las penalidades establecidas a los otros delitos contra la vida, llámese homicidio y aborto. No obstante, sorprende que atentados contra bienes jurídicos de menor significación y trascendencia social incorporen mayores penalidades de manera inexplicable e infundada, muy por encima incluso de un delito contra la vida como es esta clase de homicidio.

Dicha práctica legislativa, que ha echado raíces desde hace tiempo en nuestra patria, deberá ser erradicada en el futuro, adecuándola a una correcta valoración jurídica que tome en cuenta las consideraciones sociales respecto a los bienes jurídicos.

No buscamos con ello la elevación de la penalidad para los homicidios, en especial el homicidio imprudente, sino una correspondencia y proporcionalidad valorativa entre los diversos delitos y sus penas y en donde la penalidad de los delitos contra la vida debe cumplir un rol orientador en la fijación del marco penal de los otros delitos.

III. TIPO DEL INJUSTO

1. Sujetos

Autor del delito puede ser cualquiera, al carecer el tipo penal de una exigencia adicional respecto a la calidad o característica personal especial del autor[72]. La referencia a «**El que...**» hace que el artículo 111° sea considerado como un delito común que puede ser cometido por cualquier ciudadano, siempre que se infrinja un deber objetivo de cuidado y el resultado le sea imputable.

Sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano[73], que haya nacido o que se encuentre en el proceso del parto, independientemente de las condiciones de viabilidad y de su pertenencia a una clase social o económica.

2. Comportamiento típico

De manera unánime la doctrina acepta la posibilidad que el homicidio imprudente pueda cometerse tanto por una **acción**, como por **omisión**, siempre que concurra en este caso una posición de garantía previa que imponga la obligación de proteger bienes jurídicos o controlar determinadas fuentes de peligro[74].

La imprudencia en virtud de los aportes del finalismo[75] que luego fueron complementados, en gran medida, por las contribuciones

---

[72] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/4, p. 501; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 717.

[73] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 121; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 70.

[74] En la doctrina nacional respecto al homicidio culposo: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 84; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 61. En contra ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 226, quien no acepta la modalidad omisiva en el homicidio culposo.

[75] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 185: «En los delitos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta (o dirección concreta) con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. Cuando esta

funcionalistas[76], en especial por la teoría de la imputación objetiva, ha dejado de ser una forma de culpabilidad pasando a constituir una modalidad de comportamiento típico, junto al delito doloso y al delito omisivo.

La imprudencia no es más una forma de culpabilidad que se colocaba en el mismo plano que el dolo, sino algo distinto con su propio injusto y culpabilidad[77]. Asimismo mientras el dolo es la modalidad típica más frecuente desde que así lo consagra y dispone el legislador, la imprudencia solo se pune en supuestos contados y excepcionales, siempre que se encuentre taxativamente prevista en la ley, tal como lo dispone el artículo 11° del Código Penal[78].

En la moderna dogmática del Derecho penal se pone de relieve diversos modelos sistemáticos que buscan captar la estructura del delito imprudente, los cuales obedecen a criterios fundados en una concepción global del injusto o, en general, de la teoría jurídica del delito.

En el escenario dogmático se ofrecen planteamientos variados y no una sola concepción, situación que contrasta con la homogeneidad de pareceres que se tiene cuando se estudia el delito doloso de comisión. Dentro de los principales esquemas teóricos que se utilizan en la actualidad, pueden citarse:

El planteamiento **finalista ortodoxo o tradicional** que destaca por exigir: a) la exigencia de una *acción finalista* que es irrelevante para el tipo pero sirve para contrastarla con un acción final modélica que con-

---

ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora, significa que es adecuada a las cosas, al cuidado y con ello al derecho aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente». WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 192; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, pp. 160 y ss.

[76] Por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/5, p. 998: «también la teoría de la imputación objetiva, pese a que se desarrollo a partir de la oposición al finalismo, refiere la imprudencia al tipo. Pues, si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto, que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección a la norma, el resultado no se imputa solo con la ayuda de la teoría de la condición, sino en virtud a criterios que fundamentan la conducta imprudente».

[77] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 630.

[78] Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 328; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 630.

templa los medios utilizados y el modo de ejecución respectivo; b) la *inobservancia de un deber objetivo de cuidado* por parte de la acción finalista; c) debe existir un determinado *resultado*, que en el homicidio culposo está dado por la muerte; d) la necesidad de constatar una *relación de causalidad* o, en terminología más actual, una *imputación objetiva* del resultado respecto a la conducta finalista[79].

Otra postura, que tiene calificados representantes, plantea que el tipo del injusto de la imprudencia queda determinado por: a) el injusto de la acción, que está dado por la posibilidad de advertir el peligro de la realización del tipo y el deber de examen previo que ha de poseer un hombre concienzudo en el área del tráfico respectiva y b) el injusto del resultado, que está formado por la causalidad e imputación objetiva del suceso externo con la conducta respectiva y la previsibilidad objetiva del mismo realizada por un hombre medio[80].

Por último, un sector sumamente respetable de la doctrina alemana ha venido destacando la necesidad de reconducir la estructura y estudio del delito imprudente sobre la base exclusiva de la imputación objetiva del resultado[81], en el sentido que «*un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores*

---

[79] Al respecto: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 187; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 160; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 149; ÍDEM, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídico fundamentales*, cit., p. 58.

[80] Ampliamente: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 195; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/26, p. 274, quien remarca que «la parte subjetiva del tipo imprudente requiere el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente) y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante». En sentido semejante: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 496, quien considera como elementos estructurales del tipo imprudente: a) ausencia de dolo; b) infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia; c) infracción mínimamente importante del deber de cuidado; d) auténtica realización de la conducta típica: autoría y no mera participación; e) realización completa del tipo objetivo: resultado e imputación objetiva.

[81] Vide RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 535. Expresamente en la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 151.

criterios. En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general»[82]. Se puntualiza además que los elementos de la infracción del deber objetivo de cuidado no conducen más allá de los criterios generales de la imputación.

Pese a las atendibles razones de la última postura, creemos que todavía se encuentra en desarrollo y requiere estudios más detenidos al respecto, aunque ello no obsta para que se aprovechen determinados tópicos y puntos en concreto.

Aquí preferimos el segundo planteamiento sistemático que es el prevaleciente en la doctrina comparada (alemana y española) no solo porque tiene mayor claridad conceptual y pedagógica, sino porque conserva categorías dogmáticas de honda relevancia en el progreso del Derecho penal en la última mitad del siglo XX como es la distinción entre el desvalor de la acción, patente en el empleo de medios y modos de ejecución defectuosos, y el desvalor del resultado que se caracteriza por la lesión del bien jurídico[83].

Pese a todo, no puede dejarse de lado el hecho que para un importante sector doctrinal, los criterios de imputación objetiva (creación del un riesgo típicamente relevante) son equivalentes, desde un punto de vista **práctico– normativo** a los planteamientos que enfatizan el análi-

---

[82] De esta manera: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/10, p. 999. Próximo a esta posición se pronuncia JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/6, p. 384, para quien la existencia de un *deber* de cuidado o de una *infracción* de cuidado que caracterice a la imprudencia no se puede plantear, pues en esta no hay más que un deber que el que surge de la norma y solo este deber se infringe: en la comisión imprudente el autor debe omitir el hecho y en la omisión imprudente debe realizarlo ¡cuidadosamente!. Luego precisa: «*en el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado*» (las cursivas son nuestras). BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 328.

[83] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 71. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda.

sis en el deber objetivo de cuidado[84]. Por tanto, entre las diversas posturas no hay un radicalismo rotundo, sino que por el contrario muchas de ellas comparten un núcleo esencial. Veamos:

3. El disvalor de la acción: la infracción al deber objetivo de cuidado

a. Importancia

Todo delito imprudente, y más aún el homicidio imprudente, requiere que el autor haya infringido un *deber objetivo de cuidado*[85]. De faltar este elemento queda excluida la tipicidad de la conducta[86].

Frente a la presencia de un resultado (muerte) se torna imprescindible constatar, luego de haberse verificado la conducta, si esta ha in-

---

[84] Por todos, DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 638.

[85] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/11, p. 503; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 608 y 622, con amplias observaciones; HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 68, considera que la infracción del deber objetivo de cuidado es una exigencia de toda conducta imprudente dentro del sistema jurídico; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 207; GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 193. Con reservas: FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 83. Consideran prescindible la referencia al deber objetivo de cuidado: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 43/19, p. 140; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/17, p. 999; GIL GIL, Alicia, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», en *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*, T. I, p. 41; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 528; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 387; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., pp. 67 y 82. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de cctubre de 2007, caso Mesa Redonda; Exp. Nº 1682-98, del 11 de septiembre de 1998.

[86] Expresamente: la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda. También vide la sentencia recaída en el Exp. Nº 8653-97, del 11 de agosto de 1998, en la que se señala que: *«si la acción se realiza con la diligencia, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado».*

fringido el aludido deber de cuidado. La realización de una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido es el primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes (disvalor de la acción)[87].

Sin su infracción, no hay responsabilidad penal alguna. No es posible imponer una pena a una persona si esta se ha comportado respetando el deber objetivo de cuidado y, además, ha sido sumamente cautelosa y prudente en la ejecución de su conducta.

De otro modo se alteraría un enunciado elemental de nuestra conciencia moral y jurídica que manda castigar solo a quien no ajusta su comportamiento a las normas de derecho; y obliga a dejar impune a quien actúa de acuerdo con los requerimientos de las normas jurídicas. Sin la infracción del deber de cuidado no hay delito. El disvalor de la acción y la tipicidad de la conducta desaparecen. No queda razón alguna para que el Derecho penal intervenga en los derechos del ciudadano[88].

El deber objetivo de cuidado depende de cada tipo penal, el cual impone una particular norma de cuidado con el objeto de proteger de la manera más adecuada al bien jurídico. Por ello, es incorrecto ampliar de modo desmedido dicho deber como si la norma buscara evitar a toda costa cualquier resultado.

Es necesario tomar en cuenta el sentido y el fin del precepto, pues a la norma penal solo le interesa, por lo general, evitar ciertas lesiones a un específico bien jurídico.

---

[87] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 173; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 498; HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 58.

[88] Según FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 540, el deber objetivo de cuidado cumple una doble función en la estructura del delito culposo «de un lado representa una medida para valorar el disvalor de la acción, evitando la criticable tendencia de entender a la culpa como una *causación material del evento*, como si fuera una manifestación de responsabilidad objetiva; y por otro lado la medida objetiva de diligencia concurre a reforzar la función de tutela del bien jurídico típicamente relevante».

En el homicidio culposo la norma de conducta no dice: ¡*No causes la muerte de un tercero*! Un mandato de esta índole tendría una extensión ilimitada y comprendería la producción de cualquier muerte, incluso la que va más allá de lo previsible (caso fortuito) o lo inculpable. En realidad la norma penal del artículo 111° prescribe: «*Emplea en el caso concreto el cuidado exigido para evitar la muerte de otro*»[89]. Sin embargo, otros entienden que la norma penal en el delito imprudente no tanto exige el deber de reconocer riesgos, sino un deber de omitir acciones peligrosas[90].

b. Fundamento y origen de la norma de cuidado

Un importante sector de la doctrina penal considera que las normas de cuidado poseen una finalidad preventiva y cautelar que es la de evitar que de la conducta del autor derive un daño o un peligro no permitido contra un bien jurídico[91].

El origen del deber de cuidado no siempre es uniforme ni posee una sola fuente[92]. Todo delito imprudente, como el homicidio (artículo 111° del Código Penal), encuentra su base en la descripción genérica que la ley penal (tipo) realiza de la conducta, dada las diversas modalidades de ejecución del comportamiento[93].

El legislador ha considerado necesario realizar una formulación lo suficientemente amplia para que cualquier comportamiento que cumpla con las características esenciales de la imprudencia, al generar un determinado resultado, pueda dar lugar a un delito. Para ello se confía

---

[89] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 196. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 362: «El delito culposo implica *normativamente* una exigencia mucho mayor en relación a los actos de los ciudadanos (no solo no *debe* matar, sino *debe* tener cuidado en no matar)».

[90] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 88, p. 102.

[91] Vide, en este sentido: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 461.

[92] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 543; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199; GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., p. 44.

[93] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 641.

en una adecuada valoración del juez[94] y en el empleo de criterios jurídicos que tienen su origen, en la mayoría de casos, en ramas distintas al Derecho penal y que obedecen, en algunos casos, a reglas de la experiencia. Por ello se afirma, con razón, que el **deber objetivo de cuidado tiene diversas fuentes**[95].

Según un sector de la doctrina se considera que el delito imprudente es un **tipo abierto**[96] que requiere una labor posterior de delimitación del deber de cuidado en la situación concreta. La falta de delimitación precisa no implica la violación del principio de legalidad de los delitos, en la medida que dicha característica viene impuesta por la naturaleza de las cosas[97]. Empero, otro sector doctrinal niega la consideración del delito imprudente como tipo abierto en la medida que supondría la vulneración del principio de taxatividad[98], derivación del principio de legalidad. Se precisa que la misma dificultad de determinación del contenido del delito se encuentra en los tipos dolosos que en los tipos imprudentes.

---

[94] Cfr. HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 68; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 607: «El tipo de los delitos imprudentes ha de completarse por medio de las valoraciones judiciales adicionales»; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 544; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 21; ÍDEM, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 41; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 177; GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 378. En la doctrina peruana: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 712; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 152; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 383.

[95] Al respecto: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 343, quien divide la fuente de la inobservancia del deber objetivo de cuidado, según la regla de conducta se encuentre no escrita o se encuentre fijada (escrita) en la ley, reglamento o una disposición disciplinaria. Por su parte FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 542, dividen las fuentes de la regla de precaución según su origen sea social o jurídico.

[96] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 523; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 177; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 119.

[97] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 120.

[98] Ampliamente, RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., pp. 69 y 70.

La infracción al deber objetivo de cuidado puede fundarse en una norma jurídica estatal[99], llámese ley, en sentido formal, Decreto Ley, Decreto Legislativo, Reglamento (Decreto Supremo), Ordenanza Municipal, Decreto de Alcaldía[100], etc. Se trata, en suma, de prohibiciones legales que regulan un sector del tráfico y de la vida social y cuya observancia por provenir de la autoridad estatal resulta obligatoria[101]. Puede tratarse de normas generales, sectoriales o individuales, contenidas en órdenes o prescripciones de autoridad, sea de carácter administrativo[102], civil, penal o de otro orden[103]. Las normas pueden ser emanadas por el Poder Legislativo, las diversas instancias del Poder Ejecutivo[104] o de otras autoridades públicas, v. gr. municipalidades.

La intervención del legislador en la determinación de los límites del riesgo permitido en las actividades peligrosas se debe a la necesidad de proteger bienes jurídicos y a la obligación de ponderar el control de los riesgos y el ámbito de libertad constitucionalmente permitido, lo cual tiene un costo económico[105].

Un ejemplo paradigmático está dado por el Reglamento de Tránsito o de circulación vehicular que ofrece una serie de normas a cum-

---

[99] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 176; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 91.

[100] Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda.

[101] Por ello, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/17, p. 1002, remarca «de todos, por regla absolutamente general, se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido».

[102] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 44; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 122.

[103] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 324; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 642; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196.

[104] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 545; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200.

[105] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200, dicho costo económico pretende neutralizar o reducir el riesgo dentro de los parámetros razonables.

plir tanto para una mayor fluidez y seguridad del mismo como para evitar la lesión de bienes jurídicos de terceros.

Las normas jurídicas pueden ser de contenido **rígido** o de contenido **flexible**. Las primeras se aplican al destinatario de una conducta fijada de manera precisa (semáforo rojo=stop); mientras que las segundas dependen de una individualización de la norma de conducta en el caso concreto[106], v. gr. la velocidad será prudente o excesiva, según las circunstancias ambientales, la circulación o no de vehículos, la presencia o no de transeúntes.

La responsabilidad por imprudencia no se excluye pese a que la norma de diligencia prevista en una reglamentación estatal se encuentre viciada de nulidad, por haber sido expedida, por ejemplo, por una autoridad incompetente[107]. Lo importante es el contenido de la norma y su idoneidad para proteger el bien jurídico.

El deber objetivo de cuidado también puede provenir de normas corporativas o de reglamentaciones particulares[108]: de asociaciones o corporaciones que se preocupan por regular de manera minuciosa el campo de actividad que desarrollan[109], implementando exigencias de seguridad, control o supervisión para los equipos o personal que trabajan y se relacionan con ellos. Son las llamadas **reglas de tráfico**. Se trata de normas escritas de comportamiento fijada en ciertos sectores

---

[106] Ampliamente, MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 205; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 201; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 195; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 467.

[107] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 546.

[108] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 643; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 195; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196. De manera crítica, especialmente: SCHÜNEMANN, Bernd, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 163 y ss.

[109] Cfr. FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 93; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 626.

del tráfico jurídico social que se destinan a regular de manera precisa las actividades riesgosas.

Ellas son dispuestas por determinados círculos de ocupación y oficio, por centros de actividad industrial o de explotación económica como empresas mineras, fábrica de automóviles o de artefactos eléctricos[110]. Mención especial merecen los gremios profesionales que implementan una serie de reglas técnicas, codificadas o no, pero que sirven para el desempeño de una labor más eficiente y para el control de los diversos riesgos que surgen de la misma actividad.

Aquí tienen acogida las reglas para el adecuado ejercicio de la profesión y una serie de prescripciones que dan lugar a la **lex artis**[111] de las diversas profesiones como la medicina[112], enfermería, arquitectura, ingeniería[113] etc.

A ello se agrega las nada despreciables reglas o principios de la **experiencia y del actuar cotidiano**[114] que por su valor e importancia son practicadas por la mayoría de personas que pertenecen a un sector del tráfico a manera de un uso o costumbre sumamente extendido, dada

---

[110] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., p. 114.

[111] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 324; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 177; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 721; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 393. Vide la Sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007.

[112] Al respecto, ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., pp. 24 y ss.; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 470.

[113] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 643.

[114] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/81, p. 461; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 391. Al respecto no pueden dejar de ser atendidas las observaciones de WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 190, en el sentido que «todas las reglas y los principios de experiencia son solo generalizaciones abstractas de procesos individuales; solo en la medida que estos son semejantes, es posible efectuar tales generalizaciones. Por eso las reglas generales y los principios de la experiencia solo rigen para un gran número de casos semejantes». Con observaciones: GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 200.

su «*característica elemental*», la misma que presta un valor incalculable en la fijación de la imprudencia grave o temeraria[115]. Estas reglas se forman en el transcurso del tiempo según el diverso nivel de experiencia y el desarrollo del saber humano en sus distintos aspectos[116].

Con todo, no se puede atribuir a las reglas del tráfico o a regulaciones profesionales, por más técnicas que sean, así como a los principios de la experiencia, la misma importancia y grado de vinculación que las prohibiciones emitidas por el legislador o el órgano estatal competente[117]. Ello se debe no solo al carácter obligatorio y vinculante de las normas jurídicas, sino al hecho bastante común que las normas de algunos sectores del tráfico obedecen a ciertos intereses corporativos más que a la afectiva protección de bienes jurídicos[118].

En el Derecho comparado hay legislaciones, como la italiana, que diferencian y castigan una forma determinada de imprudencia sobre la base de que la culpa sea consecuencia de la inobservancia de la ley, reglamento u orden[119] (artículo 43°).

---

[115] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 721; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 169, precisa: «En las actividades sociales en los que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es posible determinar el cuidado debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social».

[116] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/71, p. 458.

[117] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/19, p. 1003, quien, por lo demás, señala «que la delimitación del riesgo permitido, de la que se trata en estas 'normas', no puede efectuarse por estas instituciones ligadas a intereses con la misma objetividad y autoridad que por el legislador. La norma puede estar equivocada desde un principio o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto»; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 177; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 721.

[118] Cfr. SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., pp. 184 y 164: «Permitir formular a los técnicos aquellas reglas de la técnica que son pernalmente relevantes, significaría, en consecuencia, encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea». DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 643.

[119] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 255; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 293.

La importancia de la infracción de la norma de cuidado, independientemente de su clase u origen, empero, no debe exagerarse, sobreestimándola, dado que no implica que de su vulneración tenga que inferirse necesariamente que se haya cometido una conducta imprudente[120].

La infracción de una norma (v. gr. violación de un reglamento) solo obra como un «*indicio probatorio*»[121], una «*referencia importante*», y un «*significado solo orientativo*»[122] pues «*lo peligroso* in abstracto *puede no ser peligroso en el caso concreto*»[123]. El indicio o el punto de referencia al haber infringido una norma, empero, no puede fundamentar el injusto de manera definitiva, última y concluyente, pues falta el análisis particularizado en el caso concreto[124].

En dicha línea el riesgo puede resultar no permitido, pese al cumplimiento de las normas de seguridad; como puede también que el ries-

---

[120] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15° y 16° del Código Penal alemán*, cit., N° 102, p. 114.

[121] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 626; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 642; SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 175; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/84, p. 462; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 297; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 27; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 173; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 722; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 392; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 90.

[122] Vide PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 195.

[123] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 1002, quien cita la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán: «para el concepto jurídico de imprudencia (homicidio imprudente) no es únicamente decisivo si se han observado los preceptos de policía de tráfico o no. La previsibilidad depende siempre de las circunstancias del caso concreto y ha de examinarse con independencia de si concurre una infracción sancionable de tráfico. Ni tal infracción fundamenta por sí sola y necesariamente el reproche de la imprudencia, ni este reproche se excluye forzosamente mediante el respeto de los preceptos sobre circulación».

[124] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 642; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 722.

go sea lícito pese al incumplimiento de dichas normas[125]. Es más, la norma de cuidado puede dejar de existir cuando se trata de un experimento científico pionero[126] o, incluso, la infracción normativa no puede tener ninguna relación con el resultado, v. gr., el hecho que se tenga una licencia de conducir vencida no implica que la persona no tenga capacidad material para conducir[127].

La norma o la reglamentación solo poseen una referencia general al cuidado debido, pero puede ser sustituida por un acto distinto siempre que sea equivalente o que se adopte una medida de precaución idónea[128]. También se recuerda que la normativa administrativa (v. gr. Reglamento, etc.) no tiene como finalidad directa e inmediata la tutela de bienes jurídicos, sino que busca mantener cuotas de eficiencia o de productividad, por lo que no pueden tener una aplicación acrítica en el campo penal[129].

Lo decisivo es el actuar razonable y prudente en las circunstancias del caso, tal como lo hubiese hecho un hombre consciente de su responsabilidad en el sector del tráfico al que pertenece[130].

---

125 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/84, p. 462; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 205; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 642; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 195; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 27; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 540. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 722; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 392; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 90.

126 En sentido similar: FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 205.

127 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., pp. 120 y 145; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 131.

128 Por todos, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 177.

129 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 92.

130 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 626; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 190, para quien «el contenido de la acción 'adecuada a las cosas' (esto es, al cuidado requerido en el ámbito de relación) en el caso concreto, no es posible derivar de principios y reglas generales de la experiencia, tampoco de preceptos policiacos de seguridad, sino solo del siguiente principio metodológico: qué acción habría efectuado un hombre razonable y prudente en lugar del autor».

A veces el peligro de la situación concreta puede llevar a exigir justamente una conducta distinta a la que imponen los reglamentos, v. gr. el conductor debe invadir el carril contrario si es que quiere evitar atropellar a una persona. Si no lo hace, habrá actuado de manera imprudente[131].

Las normas jurídicas y las normas corporativas no cubren a veces la amplia gama de situaciones de peligro, ni están en condiciones de fijar una precisa y concreta pauta de diligencia para cada caso concreto. Ello ocurre con las situaciones de peligro inédito que requieren una maniobra de emergencia que no se puede describir a priori[132].

Incluso, desde una perspectiva político-criminal, no es deseable que el legislador o las diversas instancias normativas de la sociedad impongan rigurosas normas de diligencia y regulaciones específicas en todas las actividades riesgosas por que ello traería consigo lamentables consecuencias. Por ejemplo, si se regula todos los procedimientos médicos se bloquearían en muchos casos las nuevas y más avanzadas técnicas de diagnóstico y terapia, el profesional sanitario sentiría que se le impide mejorar y prácticamente se reduciría enormemente las posibilidades de aplicación de los tratamientos alternativos.

c. El cuidado exigible según las circunstancias

La consideración automática de que se ha infringido el deber objetivo de cuidado partiendo del hecho que se ha violado una norma escrita, ya sea de naturaleza pública o privada, supone la consagración mecánica del *versari in re illicita* y el retorno a la vigencia del principio de responsabilidad objetiva[133], proscrito en el mismo Código Penal.

Asimismo, implica vulnerar la garantía constitucional de la presunción de inocencia, ya que se estaría consagrando la idea de que la

---

[131] Por todos, RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 540; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 122.

[132] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 202.

[133] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 546 y 554; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 90.

imprudencia se presume a raíz de la violación de una norma jurídica[134]. Todo ello conduce a sostener que la imprudencia debe demostrarse de modo pormenorizado en cada caso concreto.

Lo decisivo, más allá de la comprobación de que se ha violado una norma reglamentaria, o de otro orden, es la valoración del caso concreto y del cuidado exigible en cada situación[135]. Se distingue entre «*cuidado formalmente reglamentario*» y «*cuidado materialmente debido*»[136].

La norma objetiva obliga a mantener un **cuidado exigible**, que es el necesario y el adecuado, en el sector del tráfico concreto y que sirve para evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos[137].

No se trata del cuidado que efectivamente se tenga en la praxis o en la actuación efectiva en un determinado campo, el cual puede ser exagerado o, por lo general, escaso, sino el cuidado que la norma impone en una situación dada[138].

Los parámetros de medición del deber de cuidado no son empíricos ni se basan en criterios puramente fácticos o estadísticos, sino que tienen una indudable base normativa[139]. El juez no debe preguntarse

---

134 Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 196, para quien: «*la violación de la regla de diligencia no debe llevar a presumir la causalidad*». También: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 176.

135 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/84, p. 462; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 539. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 172; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., pp. 68 y 88.

136 Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, p. 58.

137 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 641 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 172.

138 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 187; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 167, alude al cuidado que debe reclamarse a un ser humano medio responsable y consciente de su rol; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 42; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 202.

139 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622.

cuál es el cuidado real o el cuidado pragmático que las personas tienen en un determinado contexto social, como tampoco vale preguntarse cuál es la diligencia practicada[140]. Por el contrario, la pregunta a formularse es ¿cuál es el cuidado exigido por la norma en una determinada situación de peligro?

Así puede que una línea de transportes acostumbre a sus choferes a recorrer las autopistas a más de 120 km/h, siendo por lo demás una práctica sumamente extendida, pero no por ello se dejará de examinar cuál es en realidad el cuidado adecuado y correcto en el tránsito. Asimismo, es posible que suceda que en un hospital se realice de manera corriente operaciones, obviando ciertas reglas de asepcia y limpieza, produciéndose como consecuencia de ello una muerte. Dicha práctica extendida, o sumamente generalizada, por el personal médico y quirúrgico de ese hospital, no enerva la infracción de un deber objetivo de cuidado.

El deber de cuidado exige al autor advertir, reconocer y valorar las circunstancias en las que desarrolla su actuación como los posibles factores, reconocibles y determinantes, que pueden contribuir a la lesión de un bien jurídico. Asimismo, debe existir una ponderación de las consecuencias de la conducta, respecto al grado de probabilidad que se tiene para poner en peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado.

El sujeto debe valorar adecuadamente las condiciones en que desarrolla su actuar, los factores que pueden intervenir, la conducta misma que realiza, con la prudencia o la ligereza del caso, y sus efectos en un contexto dado. El autor no está obligado, sin embargo, a prever circunstancias o factores extraordinarios, ya sea de la naturaleza o de terceros, que pueden alterar un curso causal regular o el desarrollo de un comportamiento.

En la precisión de estos criterios es necesario remitirse a la **proximidad del peligro y el valor del bien jurídico**[141]. La proximidad del peligro, una vez que se advierte, supone, como es lógico, la interposición de

[140] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 202.

[141] Por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622.

una serie de medidas con el objeto de controlar, neutralizar sus efectos nocivos o también el desestimiento en el desarrollo de la conducta.

La importancia del bien jurídico al encontrarse en juego la vida humana, requiere las máximas precauciones posibles, controlando los factores que concurren en el momento de la acción. Mientras más importante y significativo sea el valor del bien jurídico para la sociedad y el derecho, las medidas de prudencia y de cuidado deben incrementarse.

No es posible exigir más allá del deber objetivo de cuidado. Dicha pauta representa no solo la esencia del delito imprudente, sino el límite para la fijación de la responsabilidad penal en el sector de la actividad social correspondiente. Constituye un baremo válido que determina lo que en un contexto de cultura y de desarrollo social, que se ubica en un tiempo y en un espacio determinado, es exigible socialmente.

Dicho deber no impone a los ciudadanos la obligación de realizar conductas heroicas, cargadas de inmolación y sacrificio, sino solo cuotas de actuación que se ajustan a lo que un hombre en una situación determinada puede realizar si se comporta de manera responsable[142].

La diligencia y el respeto al deber de cuidado no solo proviene de normas técnicas que se vinculan a procesos de producción, industriales o a los grandes riesgos sociales. También procede del cumplimiento de ciertas actividades cotidianas como, por ejemplo, la de un guardaespaldas o un policía que deben requisar en la puerta de un local, a las personas que se acerquen a un personaje público (v. gr. político) toda clase de objetos peligrosos. Si la requisa no se produce o produciéndose se ejecuta mal (por falta de cuidado) y se genera un homicidio, el policía o el guardaespaldas podrán responder por homicidio imprudente[143].

---

[142] Pues como dice WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 191: «El ordenamiento jurídico no puede ordenar a nadie más allá de la observancia del cuidado requerido en el ámbito de relación, o si no tendría que vedar casi toda acción en el ámbito social: *un deber ilimitado de omitir toda acción de la que pueden producirse consecuencias perjudiciales previstas como posibles, condenaría a los hombres a una inactividad absoluta*» (las cursivas son nuestras).

[143] Por todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 550.

d. Medida del deber objetivo de cuidado

d.1. Planteamiento

Según un sector de la doctrina, el módulo objetivo o la medida del deber objetivo de cuidado es el de «*el hombre concienzudo y reflexivo de la esfera del tráfico a la que pertenece el agente*»[144] o la imagen del «*hombre inteligente*» que aparece, por ejemplo en cuestiones de tránsito, como el conductor «*consciente de su responsabilidad*», «*esmerado*», o «*cuidadoso*»[145].

A dicha figura modelo se la debe colocar en la situación concreta relacionándolo con el comportamiento llevado a cabo, con la peligrosidad de la acción emprendida, la importancia del bien jurídico, el valor del comportamiento social[146], entre otros factores.

Asimismo, se alude de manera gráfica al «*padre de familia responsable*», al «*hombre medio ideal*», al «*buen ciudadano*», al «*hombre prudente*» del «*profesional responsable*» u otros criterios modélicos cuyo propósito es describir de manera amplia a la persona que ha de cumplir con el deber y las características que debe contar el ciudadano medio sobre quien se construye el «**deber objetivo-general de cuidado**»[147]. Se trata de la personificación del ordenamiento jurídico en la situación concreta[148] y, por tanto, de un criterio normativo[149].

El baremo objetivo del hombre consciente y reflexivo no se entiende como referida a un ser humano abstracto y genérico, independientemente del sector social o del área del trabajo respectiva, porque de ser así se incurriría en una clara vaguedad e imprecisión.

---

[144] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 525.

[145] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 188.

[146] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 644.

[147] Así: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 500; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 388.

[148] Vide KAUFMANN, «El delito culposo», cit., p. 481.

[149] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200.

En realidad, se trata de una exigencia relacionada **dentro del sector del tráfico concreto y/o a partir de la especialización y actividad respectiva**[150]. Por ello, se alude a este requisito como el deber objetivo de cuidado dentro de un «*ámbito de relación*»[151] y la situación concreta[152]. Se insiste que no hay un único modelo de comportamiento dada la variedad de peligros que el hombre debe afrontar en las más diversas situaciones. Por ello, es que se habla más bien de una pluralidad de modelos que se distinguen según la actividad y el concreto espacio de la vida en relación[153].

La determinación del deber objetivo de cuidado así como el grado objetivo de su medida implica asumir una perspectiva de análisis *ex ante*[154] y no *ex post*, tomando en cuenta no la acción efectivamente desarrollada, vista después de cometido el hecho, sino colocándose en el lugar del autor desde el inicio de ejecución de la conducta.

Se sostiene que el uso de estos prototipos de comportamientos se volverá, en algunos casos, necesario sobre todo si en el sector concreto del tráfico faltan normas jurídicas o técnicas que regulan la actividad respectiva[155].

---

150 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 720.

151 Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 20; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 616.

152 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/12, p. 504; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 200; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 192; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 610.

153 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 203; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 552; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/72, p. 458; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 194.

154 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622; FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 113; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/72, p. 458.

155 Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 644.

Un sector de la doctrina penal critica la elaboración de estos criterios ideales por metafóricos, señalando que no existen ni sirven en la práctica. No reflejan una realidad ni ayudan a la solución de los problemas planteados[156]. Se sostiene que se está llevando a jucio a dos personas al Tribunal: una de carne y hueso y otra: una criatura artificial[157]. No se valora una situación concreta, sino un caso hipotético[158], produciéndose una intolerable sustitución del destinatario de la norma[159]. Estamos ante una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin condiciones de limitar la tipicidad[160]. En realidad, estos criterios son reemplazados por una enorme jurisprudencia casuística, muchas veces contradictoria entre sí[161].

La doctrina penal contemporánea dista mucho de ser pacífica en este punto. Se encuentran pareceres discrepantes, especialmente cuando se debate si debe tenerse en cuenta o no, a nivel del injusto del delito imprudente, los conocimientos y capacidades especiales o superiores que pueden concurrir en una persona, y que no se las emplea en una situación en concreto. Se discute si cada uno debe rendir lo óptimo y lo mejor de sí mismo, siempre que esté en condiciones de evitar el peligro[162].

Por ejemplo, se plantea el caso de un médico cirujano que pese a su pericia y habilidad, por su calidad de especialista, lejos de ponerla en práctica en beneficio de un paciente, no aplica ninguna diligencia o cuidado adicional, por lo que el paciente muere. Sin embargo, de haberla aplicado le hubiera salvado su vida.

---

156 Vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 151.

157 Ampliamente: FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 85.

158 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 152.

159 Por todos, FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 85.

160 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 153.

161 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 101, p. 113.

162 Ibídem, pp. 99 y ss.

d.2. La teoría de los dos peldaños

Un sector mayoritario de la ciencia penal, que se conoce como «*teoría del doble baremo*» o «*teoría de los dos peldaños*»[163], considera que a nivel del injusto de la imprudencia solo debe plantearse el tema de la infracción de un deber objetivo (general) de cuidado que puede ser exigible a cualquier ciudadano, dejando a la culpabilidad la consideración de si existe un poder subjetivo de evitar la lesión al bien jurídico. Si el poder subjetivo es inferior al normal, lo correcto es apreciar una atenuación o completa eliminación de la culpabilidad, según el caso.

Si el poder es superior al normal, dicha situación no puede perjudicar al autor porque si este ha cumplido con la diligencia exigible a la persona, v. gr. media u ordinaria, no se entiende por qué se tiene que reprochar su comportamiento si no ha empleado su especial habilidad o conocimiento. Se agrega que si no hay injusto (infracción al deber objetivo de cuidado por la persona media) no hay tampoco culpabilidad. Si el comportamiento es adecuado al poder medio, al hacer, por ejemplo, el médico lo que otro médico hubiese hecho en su lugar, se debe eximir de pena al autor, aunque haya podido aplicar una mayor destreza o habilidad.

d.3. Teoría individualizadora

Por su parte, un sector minoritario de la doctrina[164], que puede denominarse «*teoría individualizadora*», considera que los poderes indi-

---

[163] De este modo: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 188; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 639; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 195; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 43/110, pp. 176 y ss.; HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 66. La considera doctrina dominante: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 635; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 615.

[164] De esta manera: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/13; p. 504; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/8, pp. 385 y ss.; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 531; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 23, quien requiere que la medida sea objetivable en cuanto a la no utilización de la capacidad superior; IDEM, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación*

viduales del autor deben tener relevancia a nivel del injusto, sin que sea correcto examinarlo recién en el estudio de la culpabilidad. Se habla así dentro del injusto típico de un **deber subjetivo de cuidado**.

Si bien se reconoce como punto de partida al mandato general de respetar los bienes jurídicos, se remarca, por ejemplo, por Stratenwerth que «*la determinación de la conducta en el caso concreto se rige no solamente por la situación respectiva, sino por las capacidades individuales del autor*»[165]. Si una persona no coloca en su actuación la debida atención, diligencia o habilidad, habrá actuado ilícitamente porque la norma de cuidado que se concreta en él es mayor que la dirigida al resto de los ciudadanos.

Por su parte, Jakobs señala que: «*Al injusto de la imprudencia (y no solo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva. Así pues, el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo (sic): Esta función se corresponde con la función del Derecho penal, que no garantiza la expectativa que todos los hombres estén capacitados por igual, sino solo la motivación fiel al Derecho*»[166].

Lo decisivo será lo que cabe esperar jurídicamente en el caso concreto. Al piloto de carreras se le exige que haga uso de sus capacidades especiales, siempre que la situación se lo permita[167] y al experimentado salvavidas que emplee su marcada habilidad y no solo la de un salvavidas promedio[168].

---

genética, cit., p. 42; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 640 y 645. En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 199.

[165] Así, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 1109, p. 327, para quien solo así se evitará que «el que sabe que, en determinado lugar, se encontrará con niños que, al terminar sus clases corren descuidadamente por las calles, alegue que el conocimiento de esta situación no hubiera sido reconocible de la misma manera que si él no lo supiera, de la misma forma del que domina su auto sobre un espacio estrecho, no se podría defender afirmando que el término medio de los conductores no hubiera podido esquivar un obstáculo aparecido sorpresivamente».

[166] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/13, p. 389. En la doctrina nacional: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 175.

[167] Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 541.

[168] Ampliamente, FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 89.

Esta posición, pese a que individualiza los criterios de imputación, no prescinde de los parámetros objetivos de la imputación objetiva, en especial, la exigencia de que el riesgo sea prohibido[169].

d.4. El criterio mixto o intermedio

Un criterio intermedio, sustentado por Roxin, entre otros autores, luego de remarcar que la diferencia entre estas posturas es menor a lo que supone la vehemencia de la polémica, plantea que: «*Las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo o la antijuridicidad, sin embargo, las capacidades superiores a la media deben emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba*»[170]. Se considera además que si se hace depender la realización del tipo de baremos individualizadores, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad.

La teoría intermedia, y en la parte que aquí interesa, constituye una concesión a la teoría individualizadora en lo que atañe a sus efectos prácticos, pues se plantea la responsabilidad del médico especialista que no emplea sus capacidades especiales para salvar la vida de un paciente[171] como se hace también responder por imprudencia al «experto conductor de *rallies*» que no obstante su extraordinaria capacidad para dominar su coche y esquivar los obstáculos que se le presentan, comete un homicidio imprudente al no emplear dicha capacidad[172]. Lo mismo puede decirse del extraordinario esquiador que no evita lesiones a terceros por el solo hecho de comportarse como cualquier otro esquiador[173].

---

[169] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., Nº 99, p. 112.

[170] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/50, p. 1015; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 653; GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 383. En la doctrina peruana expresamente: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 728.

[171] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 43.

[172] Cfr. FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 89; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 1017.

[173] Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 654.

Se aplican aquí algunos criterios propios de la omisión: un nadador excepcional que actúa como salvavidas no debe realizar la acción de salvamento a una velocidad media o estándar como iría cualquier otro salvavidas[174]. La regla en este ámbito es: a cada uno se le exige según su capacidad[175].

En el caso de las personas con capacidades inferiores a la media que causan un daño (homicidio, lesiones, etc.) se plantea el reconocimiento de un injusto penal, pero a la vez la posibilidad de exoneración de responsabilidad penal por falta de culpabilidad[176].

Si el autor tuviera conocimientos superiores de la circunstancia concreta en la que interviene, dichos conocimiento deberán ser tenidos en cuenta al momento de valorar su comportamiento, pues de otra manera a esta clase de personas se les concedería el privilegio de no responder ante los tribunales penales[177].

Por la justicia y los resultados político- criminalmente satisfactorios a los que llega la teoría intermedia, creemos plausible acogerla[178]; de otro modo se abriría enormes y lamentables lagunas de punibilidad; dado que el especialista o la persona profundamente capacitada encontraran, pese a los déficit de actuación y su censurable actitud, la más clamorosa impunidad[179].

---

[174] Vide ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/54, p. 1017; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 654.

[175] Cfr. GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 383.

[176] Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 653.

[177] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 548.

[178] Por todos, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 728.

[179] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 163, trata de evitar esta consecuencia natural de impunidad de la tesis mayoritaria contemplando aquí la posibilidad de plantear un homicidio doloso de omisión; GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., p. 41. De modo cercano también: HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 621. Punto de vista que objeta y rechaza, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 501, nota 5, al considerar que la noción de garante no es suficiente para fundamentar la comisión por omisión [omisión impropia] al requerir esta un criterio socionormativo que incremente el riesgo; contemplando aquí a lo mucho una omisión

No se trata de una subjetivización de la valoración jurídica, ya que no se incurre en una arbitrariedad subjetiva. Estamos, más bien, ante una valoración objetiva, pero que toma en cuenta las condiciones individuales del sujeto como el contexto típico de la conducta[180].

d.5. ¿Se deben tomar en cuenta las capacidades o habilidades especiales?

Un sector de la doctrina penal distingue entre conocimientos superiores y las capacidades especiales[181]. En el caso de mayor conocimiento (de la causalidad o de la imputación) se produce una elevación del estándar de diligencia, mientras que en el caso de las capacidades especiales el Derecho penal no podrá imponerle al sujeto la explotación de todas sus capacidades bajo la amenaza de sanción[182].

---

de socorro (artículo 195º del CP español]. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 163, nota 16, al afirmar que, «en rigor, la omisión no crea o incrementa el peligro, pues entre el resultado y la omisión no existe una relación de causalidad; y además distingue, en el caso, entre imprudencia consciente e inconsciente. Solo esta última conduciría a la impunidad. No nos parece convincente la propuesta de Cerezo respecto a calificar el hecho como homicidio doloso por omisión, pues no queda claro en qué medida se puede hablar aquí de la existencia de un dolo homicida, más aún cuando el médico con su omisión pareciera que no tiene «intención» o no representa el peligro concreto de causar de matar, sino simplemente desiste de emplear sus especiales capacidades o habilidades que es una situación completamente distinta. En todo caso debe esclarecerse porque se identifica un no emplear las habilidades adquiridas con el dolo del homicidio por omisión, cuando es patente que lo que se busca no es matar sino simplemente se decide el no empleo de las capacidades especiales. Además, resulta sumamente extraño que una discusión sobre un hecho que se plantea en el terreno del delito (homicidio) imprudente termine calificándose como un delito doloso (omisivo). Mejor, aunque no significativamente, nos parece el planteamiento de MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/44, p. 278, quien propone distinguir los casos en que: «1º El autor, que conoce sus aptitudes especiales, deja de utilizarlas conscientemente –aunque sin intención de causar el resultado lesivo, ni aceptando su posibilidad, ya que de los contrario habría solo–; y 2º El autor especialmente dotado no estuvo, *sin proponérselo*, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre. En el segundo caso no habría delito (homicidio) imprudente porque el hecho de que *normalmente* el autor tuviese más aptitudes que el hombre medio, no basta para asegurar que en el momento concreto que actuó se hallase por encima de este».

[180] Por todos, FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 90.

[181] Vide ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/74, p. 459. En contra de que los conocimientos del autor sean relevantes para determinar el deber objetivo de cuidado: GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., p. 42.

[182] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 548; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/74, p. 459.

Consideramos que debe estimarse también junto a los conocimientos especiales o excepcionales del autor (saber nomológico), **las especiales capacidades o habilidades** que se desarrollan tras una larga destreza o experiencia[183]; criterio que mantenemos en contra de un respetable sector doctrinal que reduce el juicio de adecuación al saber nomológico, excluyendo las especiales capacidades por estimar que ellas son intransferibles[184].

Al cirujano especialista[185], al corredor de fórmula uno[186], al corredor de *rallies*[187]; al campeón de esquí –los ejemplos tradicionales en la doctrina– se les exige no un esfuerzo adicional o un comportamiento extraordinario, sino que aplique su capacidad que está por encima de la capacidad promedio[188].

Sin embargo, ello no quiere decir que siempre y en toda circunstancia se le exigirá a las personas, con capacidad a la medida, un comportamiento superior o un esfuerzo adicional. También se le reconoce

---

[183] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/14, p. 505; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/55, p. 1017, quien se pregunta: ¿Por qué lo que rige para el conocimiento especial no debería ser igualmente correcto para la capacidad especial?; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 654; FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 91; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 23; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 536. En la doctrina nacional: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 175. En contra: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 204, quienes señalan que la capacidad y la habilidad del agente singular respecto al agente modelo no puede fundar, en principio, un mayor deber de diligencia.

[184] Vide así LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 502; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 156.

[185] Vide ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 23; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 541.

[186] MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 204, quienes señalan que las exigencias de cuidado de una carrera de fórmula uno (tiempo de reacción, capacidad visual, resistencia) son mayores que las exigencias y el cuidado en la conducción de un automóvil cualquiera. Al ciudadano se le reclama un cuidado normal como a cualquier automovilista en su lugar.

[187] Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 541.

[188] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/58, p. 1018.

a estos seres humanos con capacidades especiales, limitaciones o la existencia de algunos problemas para ejercitar sus facultades en determinadas condiciones, lo que influye en su eventual responsabilidad. Empero, ello debe discutirse a nivel de la culpabilidad y no del injusto[189], lo cual ocurre, por ejemplo, cuando el médico especialista debe operar en situaciones sumamente difíciles (v. gr. en el campo), en donde no posee el material quirúrgico necesario, el apoyo técnico correspondiente o las condiciones de higiene adecuadas[190].

El deber objetivo de cuidado y la consiguiente obligación de reflexión y diligencia no están concebidos de manera puramente abstracta para ser aplicados en una situación ideal, sino que suponen su concreción en una circunstancia y contexto vital determinado. Solo allí tiene sentido esta exigencia, pues siempre será decisivo valorar convenientemente la situación en la que aparece supuestamente el homicidio imprudente.

Los defectos cognoscitivos o de información no exoneran de responsabilidad penal al participante en el tráfico en el desempeño de una determinada actividad, v. gr. el médico no podrá excusarse en la realización de un diagnóstico defectuoso de una enfermedad por el hecho de no haber asistido a una clase de la universidad o porque un curso determinado no era de su preferencia[191].

e. Riesgo permitido y deber de cuidado

El deber objetivo de cuidado se cumple –y, por consiguiente, queda excluido el disvalor de la acción– cuando la conducta del autor se mantiene dentro del **riesgo permitido**[192]. No es necesario que el autor

---

189 Vide DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 654.

190 Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 531; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 270.

191 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 204.

192 En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 172. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda: «*el mero hecho de realizar algo que el propio ordenamiento jurídico tolera o promueve (importación de productos pirotécnicos) no puede ser entendido como la infracción de un deber de cuidado. Pues el*

no haya creado algún peligro sobre el bien jurídico (vida) para excluir la responsabilidad penal.

Basta que habiendo un riesgo, este se mantenga dentro de los parámetros establecidos como lícitos en la actividad respectiva; dado que «*bajo las condiciones de la era tecnológica, una cierta dosis de peligro pertenece a las circunstancias normales de la vida diaria*»[193], peor aún si la intervención en la vida social es imposible sin que se asuma cierto riesgo ya sea para terceros o para el autor mismo[194]. Los riesgos deben aceptarse en la vida en sociedad, como elemento dinamizador y promotor del cambio y del bienestar[195]. Recién cuando se supera el riesgo permitido puede configurarse la responsabilidad penal. El riesgo permitido supone la realización de una conducta lícita o socialmente adecuada.

En la sociedad actual resulta inviable prohibir cualquier modalidad de riesgo para los bienes jurídicos. La comunidad y las personas deben aprender a convivir y fijar sus actuaciones con un determinado nivel de riesgo.

Un sector calificado de la doctrina penal considera que el riesgo permitido es un concepto **ontológico -normativo**. Ontológico debido a que la presencia o no de riesgo se determina con los datos del mundo del ser. Axiológico porque la determinación del riesgo se vincula a las reglas de diligencia[196]. Empero, se apunta también que para el Derecho penal no es tan relevantre la magnitud del peligro como la valoración

---

ordenamiento jurídico permite o tolera de manera genérica ciertas actividades que encierran peligros, pero no admite las imprudencias que se pueden producir en el marco de dichas actividades».

[193] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 526; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 337; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 44.

[194] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 188, quien señala que «no toda acción, que según un juicio razonable provoca un peligro para los bienes jurídicos, es contraria al cuidado, si no tendría que omitirse toda acción en el ámbito social»; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 254. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 719; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 174.

[195] Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 29.

[196] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Ensayos penales*, cit., p. 230.

del mismo que formula el ordenamiento jurídico[197]. Hay quienes consideran que el riesgo permitido se trata de un mecanismo de interpretación restrictiva del tipo o un criterio interpretativo general para resolver muchos problemas de la Teoría general del delito[198], de especial significación en el delito imprudente más que en el delito doloso[199].

Los límites del riego permitido no son uniformes, sino que varían según la clase de actividad social que se desempeña, la importancia, valiosidad y relevancia social del riesgo[200] como el valor del bien jurídico amenazado, factores que marcan un conflicto permanente de intereses, v.gr. el tráfico automotor o la actividad médico-quirúrgica ponen en peligro permanente la vida humana; asimismo ha de analizarse el grado de peligro con el que se debe lidiar como las posibilidades de controlarlo[201].

No existe una frontera matemática, fija o cerrada del riesgo permitido[202], ni se puede establecer mediante porcentajes[203]. Se trata de una noción graduable[204].

Las mayores posibilidades de actuación que ofrece el ordenamiento jurídico en actividades que encierran un cierto riesgo para los bienes jurídicos, posee como correlato mayores deberes que se traducen en exigencias de implementar medidas de seguridad[205]. Hay aquí una preocupación social y normativa por la tutela de los bienes jurídicos. La tolerancia del riesgo depende de las garantías de las medidas que controlan que el peligro no se desborde o se desestabilice.

---

197 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 112.

198 Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 337.

199 Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 536.

200 Cfr. GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 196.

201 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/37, pp. 1010 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 504 y ss.

202 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 391.

203 Cfr. GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 196.

204 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 167.

205 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 288.

En las actividades sociales útiles se tolera un alto grado de peligro tanto por el sentido de la conducta como el fin que persigue[206]. Ese es el caso, por ejemplo, de la conducción a velocidad de una ambulancia que se dirige a socorrer a un herido o que lo conduce rumbo a un hospital. Igual criterio ha de aplicarse en el caso de los bomberos cuando concurren a un llamado de emergencia.

Por su parte, las prácticas sociales inútiles por más extendidas que estén en determinados sectores de la población no legitiman un comportamiento, por lo que habrá que considerarlas como claramente superadoras del riesgo permitido. Ejemplos evidentes de imprudencia en este ámbito pueden citarse las carreras de motos o de autos en autopistas que terminan en la muerte, o eventual lesión, de uno de los participantes.

Debe valorarse que la problemática del riesgo permitido influye en el delito imprudente, y, en especial, en el homicidio, cuando se trata de la circulación automovilística, aérea, ferroviaria, de una actividad tecnológica compleja, la producción de explosivos, tóxicos o la actividad médico- científica, etc.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la autorización administrativa para la explotación o dedicación a actividades peligrosas no equivale a una exención de responsabilidad anticipada, pues supondría el entendimiento puramente formal del riesgo permitido. Lo decisivo es la comprobación si efectivamente, más allá de la autorización administrativa, se ha cumplido con las medidas de seguridad que la realización de dicha actividad requiere para evitar la lesión de determinados bienes jurídicos v. gr. la vida[207].

---

[206] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 337; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 166.

[207] En un sentido distinto la ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº 4288-97-Ancash, del 13 de abril de 1998, en la que se señala que: «*la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico, que,* en el caso de autos no existe violación del deber objetivo de cuidado en la conducta del encausado José Luis Soriano Olivera al haber organizado el festival bailable 'Rock en Río' en la localidad de Caraz, contando con la autorización del alcalde del Consejo Provincial de dicha ciudad, *el mismo que fuera realizado en una explanada a campo abierto por las inmediaciones de un puente colgante ubicado sobre el río Santa, tal como se desprende de las tomas fotográficas obrantes a fojas cincuentisiete, cincuentiocho, noventicinco y*

Resulta problemático determinar si la superación del riesgo de manera insignificante puede generar responsabilidad penal. Creemos que en aplicación del principio de proporcionalidad, de intervención mínima (*ultima ratio*) y el mismo principio de insignificancia, una infracción mínima del deber objetivo de cuidado no puede dar lugar a responsabilidad penal, aun cuando se produzca un resultado tan grave como la muerte.

f. Contenido del deber objetivo de cuidado

En la realización de una determinada conducta en la vida social por imperativo del deber objetivo de cuidado, se debe distinguir diversos casos según la clase o el tipo de acción que el deber de cuidado manda ejecutar[208]. Esta característica se conoce como el contenido de la regla de conducta[209].

El contenido de dicho deber es variado. Incluye cumplir con determinadas prestaciones *positivas* (v. gr. adopción de medidas de seguridad, social o personal, de información, de control, etc.) o de carácter *negativo* (v. gr. no realizar determinadas acciones, el no asumir comportamientos peligrosos que no se pueden controlar, el no utilizar ciertos instrumentos)[210].

---

noventiséis, aconteciendo que un grupo aproximado de cuarenta personas en estado de ebriedad se dispusieron a bailar sobre el mencionado puente colgante ocasionando el desprendimiento de uno de los cables que lo sujetaba a los extremos, produciéndose la caída del puente con su ocupantes sobre las aguas del Río Santa en el que perecieron dos personas a causa de una asfixia por inmersión y traumatismo encéfalo craneano, conforme al examen de necropsia obrante a fojas tres y cinco, quedando asimismo heridos mucho otros; que, en efecto, no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, *asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento*». La sentencia no explica ni fundamenta cuáles fueron las medidas de precación y seguridad que se emprendieron a a fin de evitar riesgos que pueden derivar de la realización del resultado.

[208] Al respecto la doctrina desde ENGISCH distingue entre un *deber de cuidado interno* y un *deber de cuidado externo,* por lo que el mandato de realizar determinadas acciones afecta a este último. Vide en este sentido: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general,* cit., p. 624; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* cit., 11/32, p. 275; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 389.

[209] Así, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* cit., p. 294.

[210] Vide PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale,* cit., p. 197.

f.1. Deber de omitir acciones peligrosas

El deber de cuidado más elemental establece la obligación al ciudadano de abstenerse de una acción peligrosa que, por la experiencia, fácilmente identificada puede causar un determinado resultado y, con ello, realizar el tipo objetivo de un delito[211] (homicidio). El autor asume tareas o acepta responsabilidades para los cuales no está preparado y/o debidamente entrenado[212].

En la sociedad se reconoce que el desarrollo de una actividad supone por parte del titular la posesión de conocimientos, experiencias y capacidades[213]. Se trata de cumplir con conocimientos mínimos y de un ejercicio adecuado de ciertas competencias. Si las personas no tienen estos conocimientos o experiencias mínimas, deben evitar realizar una acción. El ordenamiento jurídico reconoce dichas competencias o conocimientos mínimos a través de autorizaciones administrativas como la obtención de la licencia de conducir, títulos universitarios, especializaciones, etc. Empero, no quiere decir que la infracción al deber de cuidado suponga el no tener la autorización. Se puede tener esta e infringir el deber de cuidado y no tenerla y cumplir con dicho deber[214].

El deber de omitir acciones peligrosas presupone que el sujeto haya reconocido o pueda reconocer la existencia del peligro. Dicha posibilidad puede provenir del empleo de los sentidos, del uso de ciertos *instrumentos o técnicas* (v. gr. en la medicina se requiere el uso de

---

[211] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/77, p. 460.

[212] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 645; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 532; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 257; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 173; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 207. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 719; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 93.

[213] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 292.

[214] Ibídem, p. 293.

estetoscopio, radiografías[215], etc.) o también de reglas de la experiencia o normas jurídicas[216].

La probabilidad de una lesión al bien jurídico obliga a omitir ejecutar una determinada conducta[217]. En estos casos el cuidado se configura como un deber meramente **negativo**[218]. El mandato que surge de la norma es abstenerse de realizar acciones riesgosas al faltar, por ejemplo, una preparación técnica o profesional adecuada.

La obligación cautelar de abstenerse puede consistir en prohibir la realización total y completa de una actividad social; o proscribir la realización de dicha actividad de una determinada manera o forma, requiriendo, por ejemplo, una autorización administrativa en el tráfico comercial o industrial, dado el peligro que conlleva[219].

Como ejemplos de omitir actuaciones peligrosas pueden citarse al conductor principiante que sin mayor escrúpulo toma las curvas a velocidades sumamente altas; el dejar un arma de fuego o explosivos al alcance de los niños; jugar al «*tiro al blanco*»; disparar un revólver, sin percatarse sobre la presencia de personas que pueden sufrir las consecuencias de su acción; o el caso frecuente de la inexperta comadrona que en la práctica de un aborto termina produciendo la muerte de la madre. En este sentido se postula, por ejemplo, que no se debe acordar con una persona ebria una carrera de motos[220]. El médico que recién comienza a especializarse no está preparado correctamente para tratar una dolencia, por lo que debe omitir la intervención quirúrgica peligrosa[221].

---

[215] Vide ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., pp. 11, 15 y 31; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 294.

[216] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 206.

[217] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., Nº 91, p. 103; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 547; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198.

[218] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, p. 156.

[219] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/79, p. 460.

[220] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 624.

[221] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 547; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 257; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 293.

Un caso especial del cuidado de omitir acciones riesgosas es la denominada **culpa por asunción**[222]; por el cual una persona realiza (asume) una acción sin tener los conocimientos requeridos o la habilidad suficiente y que sólo el experimentado podía realizar. Se trata de la acción de un subcalificado[223].

El que es incapaz de controlar un riesgo dentro de una actividad en los límites de lo permitido, deberá abstenerse de ejecutarla[224]. Dicha actividad está reservada solo para los que reúnen determinados requisitos como una preparación conveniente, conocimientos específicos y la experiencia suficiente, v. gr. el sujeto que se pone al volante no debe conducir si conoce que padece epilepsia, ni el que se encuentra muy fatigado[225] o sencillamente sufre problemas graves de visión[226]. Un conductor inexperto debe tomar en cuenta dicha condición y, por tanto, debe manejar más lentamente, cuidar su distancia, frenar antes de lo habituado[227], etc.

La culpa por asunción se refiere a la responsabilidad que surge por el **emprendimiento** de una conducta a pesar de una incapacidad, una falta de experiencia o de conocimientos del autor. Por ello, bien puede homologarse con la impericia. Tanto el comportamiento (el emprender) como el comportamiento subsiguiente pueden consistir en una acción o en una omisión[228].

Si bien puede que en el tiempo del desarrollo de la acción que desencadena el resultado no llegue a constatarse una infracción al deber de cuidado de forma inequívoca y clara, es posible que se afirme la

---

[222] Crítico con esta denominación: ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 91, p. 105, al considerarlo como un *concepto superfluo*.

[223] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 91, p. 105; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 93.

[224] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/22, p. 507.

[225] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 625; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 645.

[226] Cfr. FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 92.

[227] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/19, p. 506.

[228] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/14, p. 390.

imprudencia por la asunción previa de una conducta peligrosa sabiendo, o siendo por lo menos cognoscible, que faltaban los elementos de capacidad, habilidad o los conocimientos objetivamente necesarios[229].

f.2. Deber de actuar prudentemente en acciones peligrosas

El criterio es conocido también como el deber de **adoptar medidas de control o de precaución previa**[230] con el objeto de proteger bienes jurídicos. El autor realiza la acción dentro de una situación de peligro que debe controlar y dominar. La sociedad actual tolera la puesta en marcha de una serie de riesgos (tecnológicos, médico-quirúrgicos, de tráfico automotor etc.) al considerar que su existencia trae más beneficios y utilidades que perjuicios[231], siempre que sea posible controlar dichos riesgos.

En estos casos no rige el deber de omitir acciones peligrosas, sino la obligación de **dosificar y controlar** dichos riesgos, tomando las medidas de precaución adecuadas[232]. La ley no prohíbe, y esto debe quedar claro, la práctica de determinados comportamientos que por su naturaleza resultan peligrosos para los bienes jurídicos (vida en este caso), sino más bien considerando la utilidad social, manda que los mismos se ejecuten adoptando una serie de medidas que permitan llevar con éxito dichos riesgos que benefician a la sociedad.

El cuidado como actuación prudente en situaciones de peligro se patentiza a través de acciones: de **precaución,** v.gr. frente a un agotador cansancio físico el conductor de un vehículo debe disminuir la velocidad, solicitar que su acompañante tome el volante o, en último lugar, detener su marcha; de **control,** v.gr., quien inicia una marcha de retroceso debe cerciorarse de si hay un peatón cruzando la calle para realizar la maniobra pertinente, o el profesor de una escuela de manejo en las primeras clases debe manejar el vehículo y no confiar en el apren-

---

229 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general,* cit., T. I, p. 645.

230 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 390.

231 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general,* cit., p. 625.

232 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente,* cit., p. 96.

diz, o ante la advertencia que determinados productos alimenticios están contaminados con una sustancia nociva el departamento de control de calidad, o el área de producción de una empresa, debe ordenar la práctica de determinadas pruebas; de **supervisión**, v. gr., el médico principal de una operación tiene que supervisar al personal en la ejecución de sus instrucciones como el arquitecto en la construcción de un edificio debe verificar si el maestro de obra y los albañiles han cumplido con sus órdenes. Tanto en uno y otro caso, el personal debe atenerse y ceñirse a las instrucciones impartidas.

Respecto a en qué momento se debe actuar con prudencia, un sector importante de la doctrina considera que «*en todos*»[233]. Ello se refiere, empero, al tiempo que se inicia la acción o el procedimiento peligroso que puede lesionar a terceros y que en el caso del homicidio imprudente sería desde que pone en riego la vida humana. En estos casos la proximidad del peligro cobra una importancia esencial.

f.3. Cuidado como cumplimiento de deberes de preparación e información

Llamado también *cuidado como cumplimiento de un deber de información*[234], *deber de examen previo, deber de indagación, deber de propia preparación y/o especialización*[235] *o deber de conocimientos previos*[236]. El autor en estos casos debe de procurarse una serie de conocimientos o facultades para la realización de una determinada actividad, sin los cuales la ejecución de la conducta, por lo complejo o el especial grado de dificultad que encierra, sería una gran irresponsabilidad[237].

---

[233] Así, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 159; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 208.

[234] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 625; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 532; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 258; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 297; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 96.

[235] Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 33.

[236] Ampliamente: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., pp. 162 y ss.

[237] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 294; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 258; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 625.

La vida moderna en el emprendimiento de determinadas acciones, que son portadoras de un especial peligro para terceros, impone un conjunto de requisitos entre los que, según la actividad o sector del tráfico, destaca el **deber de información o preparación**. No basta que el autor realice la acción en sí o manipule sin más los instrumentos, sino que se exige una especial preparación para que se conozca su uso y área de aplicación, los peligros que importan, los mecanismos de seguridad que contienen y los posibles alcances de los mismos.

Estas medidas previsoras no se imponen en toda actividad humana, sino en aquellas que portando una gran utilidad social pueden, al mismo tiempo, causar graves perjuicios a terceros; de tal manera que se requiere su dominio y control sobre la base de conocimiento y la preparación que se deba haber adquirido.

La información o los conocimientos previos como norma de cuidado no dice nada sobre el origen de los mismos. Puede tratarse de conocimientos **científicos,** v.gr. saber sobre combustión de gases, reacciones químicas; **técnicos,** v.gr. uso de armas de fuego, explosivos etc., o solo de **reglas de la experiencia,** v.gr. cómo conducir en condiciones climáticas sumamente adversas que pueden provocar accidentes, el médico debe operar al paciente una vez de realizar exámenes previos[238] (radiografías, análisis, etc.) o luego de revisar su historial médico[239].

También se cuentan aquí los necesarios conocimientos que la persona debe tener ya sea de leyes, reglamentos, estatutos, disposiciones procedimentales o disciplinarias[240]. Asimismo, no interesa si la información o los conocimientos pueden obtenerse por terceros, en fuentes especializadas (libros, revistas, enciclopedias) o como consecuencia de una práctica constante. Aquí el deber de cuidado solo se configura a

---

[238] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 532; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 97.

[239] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 295; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 97.

[240] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 625.

raíz del cumplimiento de la obligación de examen e indagación previa con el objeto de lograr una más cuidadosa realización de la acción. En estos casos el autor será más consciente en la manipulación de ciertos mecanismos y podrá prever el curso causal regular.

En algunas situaciones se trata de la ejecución de un cuidado en dominios altamente especializados que suponen especiales riesgos para bienes jurídicos, tanto personales como colectivos[241]. Por ello, el autor no debe actuar hasta no estar convenientemente informado acerca del esclarecimiento de dichos riesgos[242].

El deber de cuidado respecto a la información o conocimientos se entiende que debe ser previo al inicio de la acción peligrosa en el sentido de la necesaria preparación profesional, técnica o práctica en general. Excepcionalmente, puede aceptarse una preparación durante la ejecución de la acción tomando en cuenta la especial habilidad del sujeto, su anterior experiencia en ámbitos semejantes o su gran capacidad de aprendizaje, cuestiones que han de corroborarse en la situación concreta.

Un problema específico de este ámbito de la imprudencia resulta el caso en el que si bien no hay una formación profesional o técnica acreditada, los vacíos de formación se suplen merced a una *larga experiencia o gracias, por ejemplo, a una tradición familiar*, pero que aún así no logra evitar un desenlace fatal, v. gr., pese a la experiencia en la producción de explosivos no se logra evitar la muerte de uno de los operarios.

En estos casos debe analizarse, junto a la inobservancia del deber de cuidado en la situación concreta, en qué medida la ausencia de conocimientos especializados ha podido evitar el desenlace fatal. Asimismo, si la experiencia adquirida era suficiente para controlar y conocer los diversos peligros que derivan de la actividad respectiva como también si se ha impartido las instrucciones pertinentes para el manejo de explosivos.

---

[241] Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 34, quien alude en el ámbito de la medicina a la necesidad genérica de actualizar las técnicas o los conocimientos científicos.

[242] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 645.

No basta para condenar la simple ausencia de una autorización administrativa o la falta de un título profesional o técnico, aunque no se puede negar que ellos obran como indicios razonables para comprobar si efectivamente se ha cumplido con el deber objetivo de cuidado respectivo (*deber de información*).

Al planteamiento que sostiene el deber de información o de adquirir conocimientos se le critica debido a que no existe un deber jurídico (obligatorio) de tener conocimientos o de procurarse información[243]. Si hubiese responsabilidad penal para todo aquel que no se informa, todos los seres humanos seríamos sometidos a juicio, generándose una responsabilidad sin límites. El injusto penal no puede configurarse respecto a cómo las personas han dirigido su vida y de si han o no obtenido conocimientos, pues el modelo constitucional de Derecho penal se levanta sobre hechos; no sobre personalidades.

g. Costo económico y deber objetivo de cuidado

La implementación de una medida de seguridad supone la asunción de un determinado costo económico. Dicha necesidad es mucho más evidente en aquellos casos en los que se desarrolla una actividad productiva: industrial, manufactura, mecánica, nuclear[244], etc. La realización de actividades riesgosas conduce a buscar neutralizar o reducir dichos peligros a niveles tolerados, lo que determina la inversión en seguridad industrial, el adiestramiento en el manejo de material peligroso, un sistema de protección en el trabajo contra las posibles lesiones o daños a la vida, etc.

En los diversos ámbitos de la producción y comercialización de bienes, mientras más serias sean las potenciales consecuencias lesivas de la actividad riesgosa, tanto más será el costo económico exigible[245]. Dicho costo en la medida que no sea desproporcional o exagerado, no puede ser pretexto o razón para incumplir con las medidas de cuidado[246].

---

[243] Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., pp. 293 y ss.

[244] Vide ampliamente SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 172.

[245] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 203.

[246] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 196.

Uno de los problemas que se presentan en este ámbito es si la existencia de un peligro extremo debe llevar a la renuncia del inicio de la actividad industrial riesgosa como consecuencia del deber de omitir acciones peligrosas que luego no pueden controlarse. También puede ocurrir lo mismo en aquellos casos que supongan la continuación de la actividad por el desarrollo de los peligros habituales que no se está en condiciones de controlar o de nuevos riesgos no previstos y no sujetos a control[247].

Dicha problemática debe ser resuelta tomando en cuenta la utilidad o la importancia social del riesgo en ponderación con la gravedad o la intensidad del riesgo. El costo económico exigible será el necesario por instalar las medidas adecuadas que permitan controlar o reducir el peligro existente y que se encuentran disponibles en el mercado en un determinado momento histórico[248].

Con razón se afirma que el incumplimiento de las normas de cuidado, por ejemplo, en el ámbito laboral no puede justificarse en la falta de espacio, por la ausencia de personal técnico o especializado. La omisión de colocar medidas de seguridad no puede respaldarse en las dificultades de aplicación técnica[249], por los problemas de traslado o la confianza que el evento nunca se produciría.

En este contexto se puede plantear la regla que debe utilizarse la mejor tecnología, siempre que ello no implique un costo insoportable[250] como la desaparición de la empresa.

---

[247] Vide SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 172.

[248] Vide MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 203.

[249] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 196.

[250] Ampliamente, PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 196.

4. El disvalor del resultado: causalidad e imputación objetiva

a. Función del resultado en el delito imprudente

En el delito imprudente el resultado cumple una función esencial, en virtud de que configura e integra el injusto[251]. El disvalor de la conducta no basta, dado que por más que se haya infringido una norma objetiva de cuidado si no concurre el resultado no habrá delito culposo.

Mientras en el delito doloso el disvalor de la conducta puede dar lugar a una tentativa punible, en el delito culposo, y en especial en el homicidio, un puro disvalor de la acción mantiene a la conducta impune. Sin embargo, es cierto que el resultado desde el punto de vista normativo no añade a la infracción del deber objetivo de cuidado[252], toda vez que la acción sigue siendo incorrecta aunque no pase nada, más aún si el resultado puede deberse a una circunstancia o a la pura casualidad.

Con todo resulta equivocado concebir al resultado propio de los delitos imprudentes como una mera condición objetiva de punibilidad[253] o considerarlo menos importante en la delimitación del injusto al no añadir ningún elemento adicional a su configuración. Como apunta Jescheck: «*El resultado no solo decide si se castiga, sino el por qué y en qué*

---

[251] Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/88, p. 464. Con observaciones: HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 64; KAUFMANN, «El delito culposo», cit., pp. 467 y ss.

[252] En este sentido: WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 193: «el desvalor de la acción como tal no puede ser aumentado por la producción del desvalor del resultado, ni ser disminuido por su ausencia». En esta misma línea, pero con matices, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/54, p. 280, quien afirma «Por mi parte, creo que, ciertamente, la causación del resultado *no aumenta* la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Eso no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiere: el legislador no podría castigar igual un descuido de la misma entidad frente a la vida de otro que ante una cosa de insignificante valor, por la misma razón que no puede castigar igual la lesión intencional en ambos bines jurídicos». Luego, resumiendo su posición, señala «la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión». Este planteamiento se caracteriza por conciliar la concepción del autor sobre la teoría de la normas [posición imperativista] con la idea del bien jurídico vinculada más a las normas de valoración.

[253] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 328.

grado»[254]. Asimismo, sin el resultado no se podría sostener si la conducta constituye un injusto penal o solo un injusto administrativo[255], de tal manera que dicho elemento constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi*[256] y es un mecanismo para la seguridad de los ciudadanos[257].

Si se prescinde del resultado se llegaría a una sobrecriminalización de las conductas y a una intervención insoportable en la vida de los ciudadanos, pues se tendría que extender el castigo a toda infracción del deber objetivo de cuidado, por más mínima que sea, contraviniendo el principio de subsidariedad y el de intervención mínima[258].

El resultado cumple una importante misión en el delito imprudente en la medida que selecciona el conjunto de acciones contrarias al cuidado y brinda un criterio seguro para la incriminación de conductas típicamente relevantes, así como brinda una segura base político-criminal de carácter preventivo[259], pues solo con el resultado hay, por lo general, alarma social[260].

Si se considera que el resultado en el delito imprudente constituye una condición objetiva de punibilidad, se tendría que aceptar irremediablemente que la imputación objetiva no cumple ningún papel en este ámbito, en especial la que se relaciona directamente con las condiciones de la imputación del resultado[261].

---

[254] JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 632; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 637; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 613; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 528: «el resultado constituye una limitación dentro de la tipicidad culposa». En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 718.

[255] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., 528.

[256] Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 101.

[257] Ibídem, p. 106.

[258] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545.

[259] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 637; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 546.

[260] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 512.

[261] Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 103.

El Derecho penal no puede ni debe prescindir de la noción de bien jurídico como objeto valioso o interés social de protección, por lo que la idea de resultado que es innata a él, debe seguir cumpliendo un papel rector. Además de no ser así tendría que plantearse, en último extremo, una modificación del derecho vigente de los países donde la mayoría de delitos están acuñados como tipos de resultado, y en los que los tipos imprudentes son tal vez la mejor expresión.

Por otro lado, el resultado no agrava la importancia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Es decir, la violación a una regla de cuidado no está supeditada en cuanto a su valoración jurídica a la magnitud del resultado[262]. Puede haber una grave infracción al deber objetivo de cuidado que genera un resultado de esta relevancia o una leve infracción que determine un resultado de significativa entidad.

En el Derecho penal peruano la mayoría de tipos penales que describen comportamientos imprudentes están redactados como tipo de resultado, v. gr., el homicidio imprudente (artículo 111°).

b. Causalidad y resultado

El injusto del delito imprudente solo está cerrado cuando se comprueba un resultado, como consecuencia de la conducta que infringe un deber objetivo de cuidado. Dicha infracción al deber objetivo debe crear un riesgo típicamente relevante que se concreta en el resultado[263] (muerte).

La causalidad en el delito imprudente es un elemento esencial del mismo[264] y se resuelve con la teoría, mayoritariamente aceptada: la causalidad conforme a las leyes de la naturaleza.

---

[262] Ibídem, p. 104.

[263] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 108, p. 120; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 634; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 251. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 718; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 87.

[264] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 46; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p.

La comprobación de la causalidad no supone necesariamente que haya un delito imprudente[265].

c. Imputación objetiva

El disvalor del resultado en el delito imprudente queda satisfecho de manera suficiente cuando se comprueba la **imputación objetiva**, que presupone, como hemos dicho, el disvalor de la acción patentizado en la infracción del deber objetivo de cuidado[266].

La imputación objetiva en los delitos imprudentes implica tanto que el resultado evitado mediante una conducta prudente, respetuosa del deber objetivo de cuidado, como también que la norma infringida por la conducta sirva justamente para evitar resultados como los que se produjeron en el caso concreto.

Los principales elementos de la imputación en los delitos imprudentes, en especial en el homicidio de esta clase, son:

c.1. El comportamiento alternativo conforme a derecho

El juicio de imputación se excluye cuando habiéndose producido el resultado por la infracción al deber objetivo de cuidado, este también se hubiera producido llevando a cabo un comportamiento cuidadoso[267]. El resultado se presenta así **inevitable** porque la persona com-

---

328; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 39; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 718; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 129; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 71; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 123.

[265] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 607.

[266] Ampliamente: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, pp. 179 y ss.; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 96, p. 108; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 628; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 328; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 108; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 71.

[267] En la doctrina italiana: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 209, quienes señalan que lo que se trata aquí es de comprobar en el caso concreto si el comportamiento respetuoso de la regla de diligencia habría evitado la producción del resultado; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 330; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 46.

portándose cuidadosamente no lo hubiera impedido. Se aplica aquí un criterio de justicia, pues no se puede gravar a nadie con sanciones jurídico-penales por acontecimientos inevitables o que hubiesen sucedido de todas maneras. Se alude aquí a la evitabilidad del resultado por cumplimiento del deber de cuidado[268].

La jurisprudencia extranjera, especialmente la alemana, ofrece claros ejemplos al respecto[269].

El caso del ciclista (1957): El conductor de un camión quiso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de Circulación. Durante el adelantamiento el ciclista, que estaba muy bebido, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó sobre las ruedas traseras del camión, muriendo. Se comprobó, con suma probabilidad, que también se habría producido el accidente y con el mismo desenlace, aunque el chofer del camión hubiera mantenido una separación suficiente.

El caso del farmacéutico (1887): Un farmacéutico al que una receta médica solo le autorizaba despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después varias veces sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. Luego supo que si le hubiese consultado al medico, también este habría aprobado que se continuara administrando la medicina.

El caso del pelo de cabra (1929): El imputado había comprado a una empresa china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la empresa le había comunicado que tenía que desinfectarlos, había hecho que sus trabajadores los transformasen en pinceles sin previa desinfección. El resultado fue cuatro trabajadoras muertas. Según el informe de los peritos igual resultado se hubiera producido si se hubiese realizado la desinfección, pues no había garantía de eliminar los gérmenes.

---

[268] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199.

[269] In extenso: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 628; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 47.

El caso de la novocaína (1926): El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaína como consecuencia de dicha infracción al deber objetivo de cuidado el paciente murió. Luego se supo que por la constitución física del paciente, el empleo de novocaína hubiera provocado también la muerte.

Por otro lado, se señala que toda norma busca impedir o evitar determinados resultados, de tal manera que si se comprueba que el resultado no se encuentra dentro de los eventos que el precepto busca impedir, no puede haber una imputación penal[270]. Ello supone también que el resultado sea provocado por los cursos causales o los riesgos que la norma busca evitar[271].

c.2. La teoría del incremento del riesgo

Un sector de la doctrina niega la imputación cuando nos enfrentamos a los casos en los que con seguridad una conducta alternativa conforme a derecho no hubiera logrado evitar un resultado; de otro modo se castigaría por el incumplimiento de un deber que sería inútil, pues el resultado hubiese sobrevenido de todas maneras[272]. Sin embargo, resulta sumamente problemático hallar acuerdo en los supuestos en donde el resultado se hubiera evitado, *probable* o *posiblemente*, con un comportamiento cuidadoso o prudente.

Un sector cada vez más numeroso de la doctrina[273] y la jurisprudencia[274] considera que si se comprueba que una conducta correcta

---

[270] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 197.

[271] Cfr. PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 193.

[272] Por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 64, p. 376.

[273] Al respecto: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 218 y 1027, pp. 83 y 304; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 630. Con similitud en cuanto a su resultado práctico MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 43/ 106, p. 175, quien parte de una relación real que es concebida «como un fundamento consecuencia perteneciente a la causalidad de la evitabilidad, la cual deberá ser enjuiciada según las reglas de la imputación objetiva [...] solo cabe considerar si el perjuicio del bien jurídico producido representa, según el juicio experto de un observador objetivo, una realización del peligro que

hubiese aumentado las posibilidades de salvamento del bien jurídico, cabe estimar la imputación objetiva, «*pues la superación del riesgo permitido (...) ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal (...) debiéndose imputar como realización de un peligro prohibido*»[275]. Este parecer dogmático es conocido como la **teoría del incremento del riesgo** de honda repercusión dogmática, gracias a la ardua difusión realizada por su creador Claus Roxin.

Por su parte, un no menos importante sector doctrinal[276] considera que solo debe aceptarse el castigo por imprudencia cuando el resul-

---

ha sido creado con la infracción concreta del deber de cuidado». En la doctrina española más relevante el criterio del incremento del riesgo es compartido de manera parcial por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 286: «cuando aparezca dudoso *ex ante* que la observación de determinadas precauciones fuera a servir para la evitación del resultado». CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 521, acepta esta teoría con matices. En Italia FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 302.

[274] Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda. El considerando *cuadragésimo sexto en la que se condenó a un general de policía, jefe de la Séptima Región policial, por haber aumentado el riesgo en una situación crítica al ordenar el retiro del cordón policial que brindaba un servicio de control y contención al ingreso de comerciantes de productos pirotécnicos al Centro de Lima, específicamente a una zona que había sido declarada de peligro extremo por la Municipalidad de Lima en donde justamente se comercializada dichos productos.*

[275] Vide ampliamente ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 73, pp. 379 y ss., quien remarca «no existe entonces ningún motivo para liberar aquí al autor del riesgo y absolverle; pues el límite máximo del riesgo tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral (se refiere al caso del ciclista). Y todo incremento del riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor». ¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente? Roxin, como método de solución, propone el siguiente procedimiento: «Examínese qué conductas no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riego permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión el deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto».

[276] Así, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/ 98, pp. 285 y ss.; FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 99; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 194; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 201; HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 71; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 181; GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., p. 48. Rechaza también la

tado sea consecuencia de la infracción del deber de cuidado; de tal manera que hay dudas sobre el mismo deberá absolverse. Esto quiere decir que la simple posibilidad o probabilidad de que el resultado pueda evitarse mediante un comportamiento ajustado a derecho, debe terminar en una absolución.

Tal conclusión es posible gracias a la aplicación de la regla procesal del *in dubio pro reo*, por la cual todo lo que no está suficientemente probado o no tenga el rango de certeza, y logre así formar plena convicción en el juez, debe terminar favoreciendo al imputado[277]. Por ejemplo, no haber determinado «*el nivel de velocidad para poder considerarse como no razonable*»[278].

En este caso, se afirma, hay una situación de incertidumbre, dado que no se tiene seguridad si, efectivamente, el resultado se produjo por la infracción de un deber objetivo de cuidado o es consecuencia del azar u otro factor adicional; y no queda claro también si aun poniendo el cuidado debido, el resultado se hubiera producido de todas maneras.

Se añade, además, que desde una perspectiva *ex ante*, toda acción que no responda al cuidado debido supone un aumento del riesgo y la consideración en el juicio de peligro de circunstancias ex post, es incompatible con la esencia de dicho juicio[279].

---

teoría del incremento del riesgo: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., pp. 214, 219 y 247; REYES ALVARADO, *La imputación objetiva*, cit., pp. 244 y 251.

[277] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/103, en un balance sobre esta teoría sintetiza: «En definitiva, la teoría del incremento del riego constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido, pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado. Las dudas sobre el aspecto fáctico de esta relación constituyen más bien un problema procesal y han de resolverse de acuerdo al principio *in dubio pro reo*». HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 71.

[278] La sentencia recaída en el Exp. Nº 325-98, del 19 de mayo de 1998.

[279] Ampliamente en sentido crítico: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 182, quien recuerda a Baumann, el cual planteaba que la teoría del incremento del riesgo convierte a los delitos imprudentes en delitos de peligro abstracto. Vide también la crítica de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 386.

Pese a las observaciones que ha sido sometida la teoría del incremento del riesgo, y que han sido contestadas por Roxin[280], creemos conveniente aceptarla como el criterio delimitador básico, al obedecer a razones de justicia e igualdad, para fijar con precisión el comportamiento alternativo adecuado a derecho como los límites del riesgo permitido, erigiéndose, como un planteamiento válido en el momento de diferenciar las conductas lícitas con las jurídicamente desaprobadas y que pueden dar lugar a responsabilidad penal.

Sin embargo, es necesario apuntar una exigencia adicional, a manera de variante, que se separa de la posición original de Roxin: el incremento del riesgo debe ser esencial o muy significativo, no basta un incremento del riesgo insignificante o mínimo, pues el riesgo mínimo no puede fundar adecuadamente el juicio de imputación. De este modo, el principio del *in dubio pro reo* solo intervendrá cuando haya una duda sobre la entidad o gravedad del riesgo que se incrementa y no cuando haya cualquier duda sobre la existencia del peligro creado[281].

Se trata así de establecer una relación gradual de base normativa, apoyándose en la idea de un **incremento considerable o esencial del riesgo** para el bien jurídico, independiente de la estimación subjetiva del mismo efectuada por el autor, pero que repara las circunstancias y la respectiva situación concreta[282].

---

[280] Al respecto: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 74-76, pp. 380 y ss.

[281] En el mismo sentido: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 630, quien apunta «el principio *in dubio pro reo* solo interviene cuando se mantiene la duda acerca de si mediante el comportamiento contrario al cuidado se ha producido una *elevación esencial* del riesgo» (Las cursivas son nuestras).

[282] Para ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 78, p. 382, es indiferente que el incremento del riego haga posible o probable la lesión al bien jurídico, pues «el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que *posiblemente* rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado. ¿Piénsese en el caso de que un médico, despreciando la lex artis, aplique un procedimiento curativo no ortodoxo que provoca la muerte al paciente! ¿Por qué no se le va imputar el resultado si posteriormente resulta que la observancia de la lex artis probablemente habría disminuido considerablemente el riego para el paciente, pero que la disminución del riesgo en caso de cumplimiento de la *lex artis* no se puede comprobar con seguridad? ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero si probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima!».

d. Problemas específicos

d.1. El principio de confianza

Se denomina también principio de la **autoresponsabilidad de terceros**[283].

La jurisprudencia y doctrina comparada fijan como una de las pautas hermenéuticas más importantes del delito imprudente al principio de confianza, el cual posee una especial relevancia en el sector del tráfico automotor como en otras áreas de actividad social en donde existe una división de trabajo entre varias personas, v. gr. actividad médico-quirúrgica, sector de la construcción, producción industrial[284], etc.

Este principio aparece cuando hay una actuación plural y concurrente de varias personas en el ámbito de un sector del tráfico[285]. Se parte de la idea que las normas de cuidado son necesarias como estándares de conducta mutua[286]. No se plantea en los casos en que hay una actuación aislada o en solitario, aun cuando se comprometa el bien jurídico de un tercero. La problemática se vincula con la vigencia del riesgo permitido[287].

---

[283] Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 646. También, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551.

[284] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/19, p. 506; HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 66; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 103, p. 115; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 626. En la doctrina italiana: MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 324; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 57. En contra del principio de confianza: GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., pp. 40 y 50.

[285] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 532; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 723; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 393.

[286] Cfr. HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 66.

[287] Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., pp. 327 y ss., remarcando que «el principio de confianza permite delimitar cuáles son los riesgos, que pese a proceder de terceros o de la víctima, se puede atribuir al autor»; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 722.

Según una extendida fórmula por el principio de confianza se considera que: «*Cada persona y el ordenamiento jurídico, a pesar de la experiencia de que los hombres cometen fallos, puede confiar que los demás sujetos que actúan en los contactos sociales actuarán de manera diligente y correcta*»[288]. Al participante en el tráfico jurídico y en las diversas actividades sociales en el que concurren varias personas le es admisible confiar en que otro partícipe se comportará también de manera correcta, hasta que las circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario[289]. No es necesario que todos los sujetos que intervienen se encuentren en la misma situación[290] o desarrollando acciones semejantes.

A las personas que participan en la vida social les está permitido confiar en que otras personas también se comportarán prudentemente, tal como mandan las normas jurídicas, las normas técnicas o los principios de la experiencia de la actividad a la que pertenecen. El principio de confianza es equivalente, con las particularidades y reservas del caso, de lo que en Derecho civil es el principio de «*buena fe*», pues cada interviniente en el tráfico debe esperar la mejor respuesta, esto es, el mejor cumplimiento de su rol, por parte del otro.

De no regir el principio de confianza se tendría que descuidar la actuación personal por vigilar el comportamiento ajeno con las consiguientes cargas que ello implica como la paralización o escasa fluidez, por ejemplo, del tráfico automotor[291]. Las personas solo tienen que pre-

---

288 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/51, p. 253, enfatizando que «El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar [...] en su comportamiento correcto»; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 626; IÑIGO CARROZA, MARÍA ELENA; *Responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*; Barcelona; Bosch; 2001; p. 256; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 324; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 32.

289 Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 43/ 70, pp. 158 y ss.; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 188; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 552; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 723; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 143.

290 De otra opinión: RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 144.

291 Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 142, quien anota: «Si no existiera ese principio de confianza, actividades como el tráfico automotor serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no

ocuparse por dominar los riesgos en el ámbito de su competencia y responsabilidad[292]: cada persona responde por su conducta, no por las acciones de los demás[293]. Si el médico encargado de la operación tuviera que supervisar la actuación de todos sus colaboradores, o en general cada superior tuviera que controlar a su inferior, se volvería inútil el trabajo en equipo[294].

Merced al principio de confianza, cada miembro del grupo social o del equipo puede confiar que el otro realizará su parte del trabajo correctamente[295]. El médico no responde por homicidio imprudente si la enfermera a su pedido le pasa la inyección equivocada. No es su acción, sino la de la enfermera la que infringe el deber objetivo de cuidado[296].

Si bien el comportamiento ilícito o contrario a las normas de cuidado es previsible y muy frecuente según el principio de confianza, no es necesario reparar en ese detalle, pues las demás personas son también seres responsables. Si se comportan descuidadamente, ello afectará ante todo su propia responsabilidad[297].

---

respetaran el derecho de prioridad o los semáforos, así como siempre tendríamos que contar con la posibilidad de que los peatones cruzaran imprudentemente las calles; una tal exigencia desembocaría en la necesidad de conducir los vehículos lentamente apenas con la velocidad suficiente para enfrentar todas las vicisitudes, con lo cual las ventajas que ofrece el tráfico automotor habrían desaparecido por completo»; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 144.

[292] Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 103, p. 116; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 523; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 200.

[293] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551.

[294] Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., pp. 33 y ss.; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 259.

[295] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/87, p. 463; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 259.

[296] El ejemplo, aunque sencillo, puede encontrarse en WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 189.

[297] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/66, p. 523.

Sin embargo, el principio de confianza encuentra limitaciones.

Según un criterio, el principio solo es válido para quien se ha comportado correctamente en el tránsito, de no ser así no puede ser invocado[298]. El sujeto que infringe el deber objetivo de cuidado no puede confiar en que los demás actúen correctamente, de tal manera que se hace responsable también de dichos riesgos[299]. Tal es así que se ha llegado a sostener que: «*Quien se comporta de acuerdo con una norma de cuidado, debe poder confiar que lo mismo sucederá con los otros*[300]», lo cual supone partir del principio que solo la persona cuidadosa lo puede invocar.

No obstante, en algunos casos la misma doctrina reconoce limitaciones a esta generalización, sobre todo cuando la persona si bien no se encuentra en plenas aptitudes psicofísicas, respeta en el caso concreto la norma objetiva de cuidado. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del automovilista que conduce con una ingesta moderada de alcohol, por encima del límite permitido, y se ve envuelto en un accidente de tránsito con consecuencias fatales por acción de otro conductor que va por encima del límite de velocidad y no respeta la prioridad en el paso. Aquí si bien hay responsabilidad penal por conducir en estado de ebriedad, no es posible que se responda por homicidio[301] toda vez que quien crea el riesgo de muerte (que se realiza en el resultado) no es el conductor que ha consumido alcohol, sino quien no respeta el paso preferencial y va a excesiva velocidad.

---

298 Por todos: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 171; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/66; p. 523; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 259. En la doctrina peruana: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 394; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 146.

299 Esto rige de manera general pero con la importante observación de: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/24, quien en el caso del conductor alcoholizado señala que «este no debe ser castigado cuando otro no respeta su prioridad en el paso y otro conductor sobrio no hubiese podido evitar el accidente»; de otro modo marcaría el renacimiento de la fórmula *versari in re illicita*.

300 Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 647.

301 Por todos, DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 648, pese a su definición del principio de confianza

El principio de confianza no puede surgir en los casos en que el peligro se genera por el comportamiento descuidado ajeno, cuando las circunstancias (ebriedad, distracción etc.) o la condición de las personas (impedimento físico, ancianidad etc.) hacen probable la lesión de bienes jurídicos de terceros.

La regla decae en el instante que hay indicios razonables, circunstancias[302] o evidencias concretas que otros están actuando de manera descuidada o cuando no se puede confiar de que se comporten según las normas del tráfico[303]. En la medida en que el peligro sea advertido por la persona, dicho principio cede en cuanto a su vigencia. Sin embargo, lo importante no es que la persona prevea los peligros sino que existan indicadores objetivos y externos que acrediten su presencia. Si el hecho ocurre de manera rápida y súbita, y no existen indicadores objetivos para un mayor cuidado debe absolverse, por ejemplo, si «*ha quedado demostrado con las declaraciones prestadas tanto a nivel policial como judicial, que el procesado venía conduciendo su vehículo por el carril izquierdo de la avenida Pachacútec, momento en el cual apareció imprevisiblemente el agraviado, no pudiendo evitar el embestirlo, produciéndole la muerte*»[304].

La doctrina alude en estos casos al **principio de defensa** que representa una seria restricción y límite al ámbito de aplicación del principio de confianza, pues sirve a la protección de niños, ancianos, minusválidos y que en el tráfico se conoce como el principio de **conducción dirigida**[305]. Cuando un conductor se da cuenta de que otro no

---

302 Vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 532; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 32; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 325; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 211; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 723; GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 200; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 143.

303 Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 647; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 551; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 200.

304 Vide el Exp. Nº 3355-98, del 21 de septiembre de 1998.

305 Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 331; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 143.

observa la prioridad en el paso, debe parar y no puede confiar en la prioridad de su derecho[306].

El principio de confianza depende del sector del tráfico al que se pretenda aplicar y de una serie de factores colaterales, dado que en la actividad médico-quirúrgica un miembro del equipo debe contar con que cualquiera de los demás miembros ajusta su actuación a las normas de cuidado, ya sea desde la perspectiva profesional, de la experiencia o deontológica[307].

Sin embargo, cuanto menos sea la preparación o experiencia de los colaboradores en una intervención terapéutica, el médico encargado deberá desplegar una mayor tarea de control y supervisión, reduciéndose el campo de aplicación del principio[308]. Asimismo, ante errores o fallas evidentes de los auxiliares, o en general de los participantes en el tráfico, mayor serán las medidas de precaución a tomar[309].

Por otro lado, los *colaboradores técnicos*, v.gr. enfermeras, anestesistas, mecánicos, operarios, obreros etc., deberán confiar en la corrección y validez de las instrucciones recibidas, salvo que por las circunstancias del caso concreto, tengan razones fundadas para desconfiar de estas[310]. En el caso de una muerte provocada por una defectuosa aplicación de la anestesia por parte del respectivo especialista debe tomarse en cuenta que, por el principio de confianza, el médico principal quedará por lo general exonerado, salvo que por la inexperiencia del anestesista o su notoria incapacidad o falta de cuidado, deba corregir su error o llamar a otro en su reemplazo.

---

306 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/ 23, p. 1005.

307 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 649; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 552.

308 Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 649.

309 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 103, p. 116; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 649.

310 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 627; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, pp. 171 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 154.

Asimismo, ya en la fijación de la responsabilidad del primero, debe averiguarse si la muerte se produjo por una defectuosa administración de la anestesia o si esta se encontraba (de origen) vedada para el uso (vencida) y el especialista, como otro en su lugar, no pudo advertirlo.

También se debe tener en cuenta la condición, cuadro clínico del paciente y el posible rechazo que el organismo efectúa a la sustancia, que muchas veces es la causa de la muerte. En la vigencia del principio de confianza importa la calificación del personal y la correcta comunicación que se dé entre los intervinientes en una actividad, más aún si es una intervención quirúrgica[311].

La eficacia del principio de confianza sufre una profunda limitación en los casos de división del trabajo vertical. En dichos supuestos se debe cumplir con las tareas de supervisión, control o vigilancia[312], más aún si dichos deberes por su propia característica han de ejercer un control de las personas supervisadas o controladas y a desplegar una actividad atenta y rápida para detectar fallos, deficiencias o errores con la finalidad de corregirlos. Sin embargo, dicha labor no debe exagerarse. En el caso concreto se exige un deber de supervisión en la medida que haya razones o indicios (externos o personales) para desconfiar que un miembro del equipo puede cometer errores[313], v. gr., falta de preparación, errores reiterados, cansancio[314], etc.

La jurisprudencia penal peruana absolvió a un médico encargado de la sala de partos que no fue informado por la obstetriz respecto a los problemas de partos que tenía una gestante al señalar que: «*Su intervención en los hechos instruidos se genera a partir del momento en que es*

---

311 Con amplias referencias: REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 156 y ss.

312 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/68; p. 524; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 648; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 533; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 724.

313 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 552; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 200.

314 Cfr. GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción del injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», cit., p. 48, pese a que no reconoce la vigencia dogmática del principio de confianza.

advertida por la obstetriz de los problemas cardiacos de la agraviada que coincidió con la repentina ausencia de energía eléctrica en el hospital por lo que, luego de informarse que el 'apagón' sería prolongado, ordenó el traslado de la paciente al Hospital Edgardo Rebagliati en el que se produjo el parto con las luctuosas consecuencias ya anotadas»[315].

Igual ocurre en determinadas áreas de la actividad social (v. gr. la construcción) en la que el encargado debe vigilar porque las personas a su cargo cumplan obligatoriamente con adoptar determinadas medidas de seguridad, v. gr. exigir a los obreros el uso del casco de seguridad[316].

Los superiores no deben encomendar a los subordinados tareas o actividades que se encuentren por encima de sus facultades, esfuerzos o de sus capacidades[317].

Otra de las limitaciones del principio de confianza se produce en aquellos casos en los que existe una posición de garantía en relación con un determinado sujeto[318]. Por ejemplo, la enfermera tiene una labor de custodia respecto al enfermo mental puesto a su cargo en el hospital psiquiátrico o por un contrato de trabajo. No debe confiar que dicha persona no hará daños a terceros o, incluso, a sí mismo. Lo mismo ocurre con el guardaespaldas o el encargado de la protección personal de una persona[319] (funcionario o no). En este caso no es posible alegar la confianza o la creencia de que terceros no iban a atentar contra su vida.

También se cita el caso de posición de garantía, de control exactamente, en el que una persona ejerce dominio sobre un arma de fuego y que se debe custodiar de modo adecuado para que esta no vaya a ser

---

315 Vide el Exp. Nº 1682-98, del 11 de septiembre de 1998.

316 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 210.

317 Cfr. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 33.

318 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 553.

319 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 553.

manipulada[320], por ejemplo, por niños. Igual ocurre en aquellos supuestos en los que se tiene indicios relevantes en que un tercero puede utilizar el arma (explosivo, veneno, etc.) en perjuicio de terceros, ya sea para atentar contra su vida o dañar su salud[321].

d.2. La llamada «concurrencia de culpas» o «culpa de la víctima»

Hay concurrencia de culpas cuando junto a la infracción de deber objetivo de cuidado por parte del autor, hay también una infracción por parte del sujeto pasivo. Autor y víctima convergen infringiendo ambos el deber de cuidado, y como consecuencia de ello resultan lesiones recíprocas o en la que una de ellas lleva la peor parte[322].

En Derecho penal, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, especialmente en el civil, no se acepta la compensación de culpas. Sería contrario al principio de legalidad que se tomen en cuenta criterios de valoración puramente patrimoniales o se repare en el menor o mayor daño que se produce entre el autor y la víctima, sin atender a la acción de cada uno y a la inobservancia del deber objetivo de cuidado que siempre deberá realizarse de manera individual y por separado y nunca contemplando el daño conjunto; de otra manera se menoscabaría la naturaleza personalísima del Derecho penal.

Por otro lado, se tiene ya por abandonado hace mucho tiempo el carácter puramente objetivo o resultatista, según el daño, de la responsabilidad penal, fórmula a la que sigue la denominada compensación de culpas.

El problema de la concurrencia de culpas no es una cuestión que pueda solucionarse apelando a la teoría de la relación de la causalidad[323], a modo de interrupción del vínculo causal o aplicando la teoría de la causa eficiente.

---

320 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198.

321 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 617; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 553.

322 Vide PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 155; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 148.

323 Sin embargo, de esta manera se pronuncia ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 255 y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Es necesario apelar a la moderna teoría de la imputación objetiva[324] para resolver de manera satisfactoria los inconvenientes que surjan, enfatizando principalmente en la infracción del deber objetivo de cuidado o en el ámbito de aplicación de la norma (alcance del tipo)[325]. La razón del estudio de este tema reside en la necesidad de paliar la supuesta injusticia que supondría el negar toda relevancia práctica a la imprudencia de la víctima, por ejemplo, un accidente mortal se produce cuando un peatón de manera negligente ingresa a una autopista sumamente concurrida y es atropellado por un vehículo que le produce la muerte.

Un prevaleciente, y cada vez mayor sector doctrinal, considera como casos modelos que caen fuera del ámbito de la norma los supuestos en los que existe, por ejemplo, entre *A* y *B* una competición de motos a gran velocidad, produciéndose la muerte de uno de ellos; o la hipótesis más frecuente del que entrega a otro para su consumo heroína, teniendo conciencia de su peligrosidad; y en la que este muere como consecuencia de una sobredosis.

Estos son los denominados supuestos de **participación en la autopuesta en peligro doloso**[326], el cual requiere que el sujeto sea cons-

---

[324] Cfr. GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 203; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 395; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 149. También, y solo como referencia, vide MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 333; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 345, aunque no lo trata con dicho nombre. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 184; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/85, pp. 386 y ss., quien ubica la problemática dentro del alcance del tipo.

[325] No faltan autores como: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 526, que considera que la imprudencia de la víctima puede eximir de responsabilidad al sujeto activo, reconduciendo la problemática no a la imputación objetiva, sino tratándolo como un problema de autoría en el delito imprudente.

[326] Al respecto: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 86, p. 387. La ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº 4288-97-Ancash, del 13 de abril de 1998, señala que: «*la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos «el obrar a propio riesgo*

ciente del peligro al que se expone y prevea sus posibles consecuencias, no basta, por ello, cualquier exposición al peligro. Habiendo la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el tipo penal respectivo queda fuera del ámbito de protección del tipo, pues a la norma no le interesa proteger bienes jurídicos (vida, integridad corporal) más allá de las medidas que la misma víctima adopte en su protección.

Otro grupo de casos está constituido por los supuestos en los que la víctima no se pone ya ella misma en peligro, sino que deja que **un tercero la exponga a un riesgo**, pero que ella acepta. Son los casos de **puesta en peligro de un tercero aceptada por este**[327], que requieren por parte de la víctima, como en el caso anterior, de un conocimiento adecuado del hecho, de las circunstancias y las posibles consecuencias que su actuar puede desencadenar, v. gr. el caso del acompañante que conmina al conductor a que vaya a excesiva velocidad, porque quiere llegar a tiempo a una reunión, y como consecuencia de ello muere el acompañante. Un automovilista ebrio permite que un asistente a una fiesta lo acompañe, y como consecuencia del consumo excesivo del alcohol en la fiesta, se produce un accidente donde resulta muerto el acompañante.

Pueden ubicarse aquí también los casos de transmisión de enfermedad sexual o infecto-contagiosa como el sida, siempre que se esté informado de los riesgos y, además, se tenga plena conciencia de lo que se hace. Sin embargo, queda intacta la posibilidad de calificación por homicidio imprudente, o lesiones en su caso, cuando el autor minimiza los riesgos, alardea de su capacidad y control de la situación o cuando oculta la enfermedad dolosamente.

No hay imputación objetiva en aquellos casos, muy frecuentes, en los que la víctima tiene un grave descuido en el proceso de sanación de las heridas, dolosas o culposas, y rechaza un tratamiento médico especializado o renuncia a continuar uno ya iniciado. También se compren-

---

de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal» (Cfr. JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, Madrid 1995, p. 307), por lo que los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal».

[327] Ampliamente: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/98, p. 393. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 401.

de aquí el caso de los testigos de Jehová que se oponen a una transfusión sanguínea que le hubiera salvado la vida.

En las posiciones más avanzadas de los últimos años sobre la intervención de la víctima y su relevancia penal se parte del principio de **autorresponsabilidad y de una organización conjunta** (autor y víctima) como fundamento de una posible «imputación a la víctima»; la cual subyace en una concepción de la norma penal en su dimensión social, más allá de un entendimiento puramente estático deesta, que se fundamenta bien en la relación entre norma y autor o en la lesión fáctica de bienes jurídicos.

La imputación a la víctima del riesgo creado y su realización, implicaría la eliminación de la imputación objetiva del autor[328].

La conducta de la víctima constituye un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco del tipo objetivo, específicamente como un problema de **imputación del comportamiento**[329] que excluiría la relevancia típica de la conducta del autor.

La jurisprudencia penal peruana ha exonerado de responsabilidad penal al conductor de un vehículo que causó la muerte de dos personas que habrían infringido el deber objetivo de cuidado al quedar «*demostrado con las declaraciones prestadas tanto a nivel policial como judicial, que el procesado venía conduciendo su vehículo por el carril izquierdo de la Av. República de Panamá en circunstancias en las cuales cruzaron dicha avenida los agraviados por delante del ómnibus del cual habían bajado ya que según declaraciones testimoniales, estos eran empleados del Supermercado*

---

328 Ampliamente, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 299 y 284, quien sostiene «cuando el titular de un bien jurídico («víctima») emprende conjuntamente con otro («autor») una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima en la medida en que: a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer esta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto-) responsable c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima».

329 Vide CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 303.

Wong y dada la hora que era, tenían que marcar su tarjeta de control, por lo que se puede presumir que hayan cruzado apresuradamente»[330]. Asimismo, reconoció que el accidente se debió «*al propio operativo del agraviado, quien de manera imprudente cruzó la vía por un lugar no permitido ingresando al eje de marcha del vehículo, sin prever el peligro inminente dada la cercanía del vehículo*»[331].

IV. CLASES DE IMPRUDENCIA

La doctrina penal viene distinguiendo diversas clases de imprudencia, basándose en distintos criterios[332]. No obstante, son dos las que tienen mayor reconocimiento dogmático en el Derecho y jurisprudencia comparada, según se atienda a su peculiar estructura (imprudencia consciente e imprudencia inconsciente) o a su gravedad (imprudencia simple e imprudencia temeraria).

1. Imprudencia consciente e inconsciente[333]

La distinción entre imprudencia consciente e imprudencia inconsciente[334] es antigua y clásica[335]. Abarca el periodo caracterizado por la

---

330 Vide la sentencia recaída en el Exp. Nº 8653-97, del 11 de agosto de 1998, en la que además se señala que «el accionar de los peatones se encuentran incursos en los artículos ciento veintiséis inciso a y b así como en el artículo ciento veintisiete incisos b, d y e del Código de Tránsito y Seguridad Vial, es decir que *para cruzar la calzada, los peatones están obligados: a) A utilizar exclusivamente los cruceros peatonales señalizados en las esquinas; b) A obedecer las indicaciones de las luces de los semáforos;* asimismo *está prohibido a los peatones: b) Cruzar una vía urbana o rural entre vehículos detenidos o por detenerse; d) cruzar la calzada por cualquier lugar de la pista que no sean las esquinas y e) invadir la zona destinada al tránsito de vehículos*».

331 Vide la sentencia recaída en el Exp. Nº 325-98, del 19 de mayo de 1998.

332 Vide, y solo a manera de ejemplo, la diversa clasificación de la culpa que se tiene en el derecho italiano en: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 345 y ss.

333 Prefiere hablar de culpa con representación y culpa sin representación: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 729.

334 En contra la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/3, p. 382; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 331, para quien solo hay culpa inconsciente. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 166; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 403.

335 Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007.

primacía de la dogmática causalista, pasando por el finalismo hasta llegar a la dogmática de la actualidad. Su referencia obedece más a razones de tradición. El legislador casi nunca hace una construcción jurídica sobre la base de esta distinción[336].

Sin embargo, ello no se condice con su importancia dogmática[337] y, para muchos, político-criminal[338], o, incluso, hasta estadística[339], toda vez que la imprudencia consciente sirve como pauta para diferenciar la imprudencia con el dolo (eventual). Por tanto, la necesidad de identificar y distinguir la imprudencia consciente se debe más a una razón **externa** que interna.

En la imprudencia inconsciente el autor no advierte la realización del tipo o la existencia del peligro, mientras que en la imprudencia consciente el autor advierte la posibilidad abstracta de realizar el tipo, pero ignora el riesgo concreto[340] y sigue actuando al considerar que el peligro es insignificante, cree que lo dominará, porque sobrevalora sus fuerzas[341] o confía en sus habilidades especiales[342]. En una formulación sencilla: en la imprudencia consciente hay una imperfecta representación de la situación típica; mientras que en la imprudencia inconscien-

---

336 Cfr. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 97, p. 111, considera que la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente es irrelevante tanto para la ley como para la dogmática; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/ 61, p. 1019; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 547. Sin embargo: FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 82, considera que la distinción tiene sentido a nivel de la medición de la pena, pero es irrelevante para la tipicidad de la conducta.

337 Cfr. HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., pp. 68 y ss.; DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 631; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612.

338 Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 631.

339 Vide RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 257.

340 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 332.

341 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 611; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 547; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 52. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda.

342 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 52.

te no hay representación[343]. La imprudencia consciente puede referirse tanto a un tipo de peligro como a un tipo de resultado.

La imprudencia inconsciente no supone, como parece a primera vista, la ausencia total de representación del peligro para el bien jurídico. Ello sucederá solo en supuestos extremos y poco frecuentes. Por ello, resulta sumamente fundado el debate acerca del grado de consciencia o de peligro que requiere una y otra modalidad de la culpa. En efecto, así que como para la imprudencia consciente no importa la total comprensión del peligro creado, para la imprudencia inconsciente no se exige la eliminación de la percepción de cualquier foco de riesgo.

La diferencia entre una y otra no debe plantearse solo en los términos de total consciencia o inconsciencia, sino en la consideración del grado de peligro con relación al objeto de la acción, debiéndose discutir, como hace correctamente la mayor parte de la doctrina alemana, en el hecho si basta una ponderación de la posibilidad de lesión para el bien jurídico o se requiere más que eso: una estimación de la lesión para que haya una imprudencia consciente.

Creemos que en la imprudencia consciente debe haber, además de la consciencia del peligro, la consideración de que es posible que el riesgo se realizará en el objeto de la acción. Por su parte, habrá imprudencia inconsciente tanto cuando el autor no advierta el peligro, que es el supuesto indiscutible, como cuando el autor advirtiéndolo ni siquiera se plantea o considera la posibilidad de lesión o de realización del riesgo.

La diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente, si busca tener un significado, por lo menos orientador, debe basarse en la valoración del peligro respecto al objeto de la acción. No puede responder a criterios puramente psicológicos[344].

---

[343] Vide DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 654.

[344] Ibídem, p. 632; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 538.

Un sector de la doctrina y jurisprudencia[345] plantea que el elemento común de la imprudencia (consciente e inconsciente) es la **cognocibilidad del riesgo** que es un factor distinto del conocimiento y que supone el desconocimiento de la concreta peligrosidad de la conducta. Se trata de un conocimiento actualizable[346] que puede provenir tanto de una actividad lícita como ilícita[347], v. gr. venta de heroína. Hay quienes inscriben también a la imprudencia como una forma de error de tipo, en la medida que el autor ignora (negligentemente) que realiza el tipo penal[348].

De la diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente no se puede deducir a priori alguna conclusión[349] o prejuzgar la mayor gravedad de la conducta[350], pues en ocasiones el no advertir la proxi-

---

345 Vide RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 536. En la doctrina peruana: GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-99», cit., p. 197; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., pp. 153 y 158; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 75. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda: «Hablamos pues de *cognoscibilidad* y no de *conocimiento* en ambas modalidades de culpa sobre la base de que, tanto en la consciente como en la inconsciente, se produce un error sobre el contenido de la efectiva realización típica».

346 Vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 524; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 652, quienes aluden al conocimiento potencial.

347 Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538.

348 Vide BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 327 y ss.; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 536. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 157; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385. En contra: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 525; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 118.

349 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 730.

350 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/31, p. 510; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612, quien niega la existencia de una relación gradual entre ambas formas de imprudencia; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 97, p. 111; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/3, p. 382; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 524; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/9, p. 270; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 514; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 154; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 16, quien recuerda que la representación o la ausencia de representación del resultado puede dar lugar tanto a la imprudencia

midad del peligro, pese a la importancia del bien jurídico y lo notorio de las circunstancias es mucho más grave que valorarlo defectuosamente, confiar en la experiencia o en la habilidad para superarlo; o como dice Schroeder: «*La desatención que conduce a la no previsión del daño puede pesar más gravemente que la confianza que no se producirá*». Asimismo, la imprudencia inconsciente se puede basar en una especial falta de consideración que hace más reprochable el comportamiento[351].

Sin embargo, parece necesario partir de la regla que la imprudencia consciente, la mayoría de veces, encierra un mayor disvalor de la acción que la culpa inconsciente[352], pues el sujeto, no obstante haber percibido el peligro y valorar la posible lesión, no se motiva correctamente, conforme a derecho, y, por el contrario, sigue actuando[353]; a dife-

---

grave como la imprudencia leve; IDEM, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 45; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 602; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 50. En la doctrina peruana: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 164; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 730.

[351] Cfr. HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 71; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/31, p. 511; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 43/121, p. 181; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 154; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 328; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 550; MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 164; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 730; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 58. En contra: FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., p. 82, quien admite la insignificancia de la imprudencia consciente, negando que concurra una conducta penalmente relevante.

[352] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/61, p. 1019: «Si se toma por base el mismo grado de creación del riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente»; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 272. Con reservas: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 632; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 60, para quien la imprudencia consciente constituye un supuesto de mayor merecimiento de pena [no gravedad del comportamiento]. En contra expresamente: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 524.

[353] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/9, p. 270, quien habla «de la mayor imputación subjetiva de la imprudencia consciente», dado que tiene una igual gravedad de la

rencia de la culpa inconsciente, en donde el autor al no mensurar el peligro, o, haciéndolo, no vislumbra la posibilidad de lesión, no puede motivarse adecuadamente.

La mayor gravedad de la imprudencia consciente se refleja en la determinación judicial de la pena[354].

Nadie puede dudar de la fuerza e importancia de la conciencia en el momento de decidir entre el actuar correcto y la inclinación al injusto. Esto, claro está, admite prueba en contrario.

El criterio glosado de la mayor gravedad de la imprudencia consciente es reconocido expresamente, incluso, en algunas legislaciones del Derecho comparado, como ocurre en la legislación italiana, cuyo Código Penal (artículo 61° inciso 3) prevé una circunstancia agravante en los casos que el delito imprudente ha sido causado a pesar de la previsión del evento[355] (culpa consciente).

2. Imprudencia grave e imprudencia leve

La doctrina de un modo abiertamente mayoritario viene distinguiendo, como en el Derecho civil[356], entre **imprudencia grave e im-**

---

infracción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, aquí, creemos que la culpa consciente tiene por lo general una mayor cuota de injusto que la culpa inconsciente. En contra: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 1104, p. 326, quien se inclina por considerar «que la mayor falta de respeto al otro reside, precisamente, en la culpa inconsciente, pues no darse cuenta de los peligros más que una exigencia moral puede ser consecuencia de indiferencia frente a bienes jurídicos ajenos».

354 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/61, p. 1019; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 524. Para DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 632, la medida de la pena dependerá de las exigencias de prevención que en cada caso se hacen sentir y de la gravedad de la realización del tipo de ilícito y el tipo de culpa. Con observaciones: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 164; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 78.

355 Vide MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 212; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 202; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/116, p. 471; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 272; RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 258.

356 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612. Sin embargo, hay quienes sostienen –como FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564– que la

prudencia leve[357]. Sin embargo, esta diferencia no fue atendida por nuestro legislador cuando acuñó los tipos imprudentes de nuestro Código Penal, especialmente al referirse al homicidio culposo, tanto en su modalidad simple como en su modalidad calificada.

Ni siquiera cuando se acuñó el homicidio culposo agravado se siguió este criterio.

El legislador penal peruano lamentablemente no ha prestado atención, como era de esperar, a una diferencia racional y plausible que encuentra asiento firme en la dogmática comparada; se pasa por alto que de la gravedad de la imprudencia depende la gravedad del delito[358].

Tomando en cuenta una futura reforma legislativa en la regulación de la culpa, se debe plantear su castigo solo en los casos de **imprudencia grave**, tal como aconsejan serias razones político-criminales junto a principios básicos del Derecho penal como el de fragmentariedad y de intervención mínima.

La imprudencia grave tiene un **injusto notoriamente elevado**[359] que puede provenir, como dijimos, tanto de la culpa consciente como de la culpa inconsciente. La gravedad de la imprudencia no

---

noción de culpa grave del Derecho Penal y el Derecho Civil no son equiparables en base a las distintas finalidades que tiene un ordenamiento respecto al otro.

357 Vide ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 97, p. 111; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612; SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., pp. 112 y ss.; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 45; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 153; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151.

358 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/110, p. 470.

359 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/ 80, p. 1026; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 150 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, p. 175; JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 405; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 16; ÍDEM, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, p. 45; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 516, para quien «la distinción entre imprudencia temeraria y simple, o grave y leve, –que es un problema de grado de injusto (objetivo-general), de desvalor de la

parte de enjuiciamientos psicológicos previos, sino de bases puramente normativas cuyo punto principal lo constituye la teoría del injusto[360].

No es posible inferir la mayor gravedad de la imprudencia basándose en el uso de criterios puramente internos o psíquicos, ubicables dentro de la culpabilidad, como la bajeza de los móviles, la especial indiferencia a la víctima o la defectuosa formación de la voluntad[361]. Lo decisivo siempre será la referencia al **injusto de la acción**[362], y eventualmente al injusto del resultado, mientras que la vinculación a la culpabilidad cumplirá un rol secundario; más aún si esta depende en gran medida de la magnitud del injusto más que a criterios propios o autónomos[363]. La violación de reglamentos o de normativa escrita no condiciona la consideración de la imprudencia como grave o leve[364].

---

acción, con repercusión en la clase de tipo, y no un problema de culpabilidad individual– depende de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado y del grado de peligrosidad de la conducta». En el derecho portugués: DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 668. En contra señalando que la gravedad de la culpa se aprecia en la culpabilidad: CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 302.

360 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 11/ 15, p. 271, quien realiza una consideración por demás interesante al afirmar que: «*el dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza, porque el dolo es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico y la imprudencia, un fenómeno puramente normativo*».

361 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564.

362 Cfr. JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 405.

363 Parcialmente en contra: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 24/80, p. 1026, para quien lo correcto es considerar «la temeridad [imprudencia grave] como un elemento atinente al injusto y la culpabilidad». Luego señala «las circunstancias atenuantes de la culpabilidad pueden excluir sin embargo, la temeridad aún cuando el sujeto haya creado un peligro muy notable. Ello rige para una capacidad de rendimiento inferior a la media, cuando esta no conduce a la exclusión de la culpabilidad, sino a una notable dificultad para observar la norma». A pesar de lo plausible de las observaciones de Roxin, parece que de seguirse su planteamiento se estaría confundiendo al unificar dos planos de análisis distintos, pues una cosa es decir que la temeridad dependa del plano del injusto o la culpabilidad y otra muy distinta es sostener que el hecho deba ser valorado en su integridad, en un sentido amplio de «responsabilidad» que abarca tanto injusto o culpabilidad, cuestión que siempre sucede en todo fenómeno delictivo, más allá que se trate del caso de la temeridad o imprudencia grave. Y ello no puede ser de otra manera porque injusto y culpabilidad no puede dejar de valorarse en su conjunto. En todo caso la «capacidad de rendimiento a la media» del autor deberá determinar no la esencia de la imprudencia grave, si no la respectiva disminución de la responsabilidad en la determinación judicial de la pena.

364 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152.

La imprudencia grave se vincula con la infracción de elementales deberes de cuidado que el más descuidado o poco diligente de los hombres está en condiciones de cumplir[365]. Se hace referencia también al cuidado que puede cumplir el hombre mínimamente razonable o que es la menor exigencia que el derecho puede realizar al sujeto[366]. Se alude, además, al comportamiento especialmente irreflexivo[367], desconsiderado[368] o con especial indiferencia frente a riesgos que son manifiestos[369].

Pese a todo, ello no basta.

La determinación de la imprudencia grave depende de la elaboración de una serie de **pautas valorativas** e **indicadores objetivos** que deben tomarse en cuenta en la ponderación del caso concreto[370]. Veamos:

El primer elemento a juzgar debe ser **la dimensión o grado del peligro objetivo** respecto al bien jurídico en la situación concreta[371]. Hay que ver el **grado de peligro de lesión** y las **posibilidades de concreción en el resultado**. La presencia de un riesgo elevado debe llevar al sujeto a interponer o aplicar medidas de control o de precaución. No

---

[365] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 153; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 45; JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 405; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 50.

[366] Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 363; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 334; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 604; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/110, p. 470.

[367] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 612.

[368] En contra: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/24, p. 392.

[369] Vide ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., Nº 97, p. 111.

[370] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/23, p. 392, precisa que: «Hasta ahora no se ha logrado una concreción reconocida de manera general». CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 302.

[371] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 669; PULITANÒ, en CRESPI/STELLA/ZUCCALA (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, cit., p. 198; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 549.

hacerlo, pese a la representación abstracta del peligro, puede ser tomado para determinar la magnitud de la imprudencia e, incluso, del dolo eventual.

Es necesario reparar en la **clase de deber de diligencia o el mandato de cuidado** que se debe de cumplir[372]: Si es un deber esencial o de decisiva importancia para la protección del respectivo bien jurídico. Puede utilizarse como indicio de imprudencia grave el hecho que no se cumpla en absoluto con el deber relevante en el caso concreto[373].

Para ello las circunstancias ofrecen una pauta interesante al respecto. **Mientras más importante sea el deber en relación a la protección del bien jurídico, mayor debe ser el cuidado a tomar en cuenta**[374].

También se debe evaluar el factor referido a la **facilidad o no** del cumplimiento del deber de cuidado en el caso concreto[375]. Por su parte,

---

372 Cfr. TORÍO LÓPEZ, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», cit., p. 43: «La imprudencia será temeraria si se ha infringido deberes de cuidado muy elementales; simple, por el contrario, cuando se han violado deberes de rango menor»; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 327.

373 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 202; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 272; CADOPPI/VENEZIANI, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, cit., p. 302; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 564, quienes plantean valorar el *quantum* y la magnitud del alejamiento de la conducta del estándar que exige la norma de diligencia en el caso concreto; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/113, p. 471, quien establece la necesidad de realizar primero una mensuración genérica (tanto o poco) de la diligencia objetiva; como la valoración de la previsibilidad en concreto de la realización del evento [alta, medianamente probable]. Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda: «Cuanto mayor sea el alejamiento de las reglas más evidente será la falta de cuidado y de preocupación por las otras personas que se pueden ver afectadas por esa actividad».

374 Sin embargo, no creemos que el bien jurídico sea un criterio suficiente para delimitar el grado de la imprudencia, pues implicaría sostener que la imprudencia grave solo se puede dar en la tutela de bienes jurídicos esenciales o que, en el mejor de los casos, las posibilidades de estimarla se reducirían conforme vaya descendiendo la importancia del bien jurídico, cuestión completamente absurda.

375 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/24, p. 392; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., pp. 367 y 377; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 549.

cuanto mayor cautela, cuidado o dificultad sea exigible para reconocer o controlar el peligro, mayor inclinación habrá para considerar que la imprudencia no es grave[376].

Un deber de poca significación para la protección del bien jurídico difícilmente puede dar lugar a la estimación de imprudencia grave, pues ella se encuentra en relación proporcional con la importancia e idoneidad del deber respectivo.

Por otro lado, un importante sector doctrinal añade un **requisito negativo**: no debe haberse tomado medidas de control, dominio o evitabilidad respecto al peligro creado. Sin embargo, somos de la idea que esta última condición no resulta de mayor significación pues a veces la no adopción de una medida de control se debe a que justamente la persona creía que el riesgo no era elevado o estaba controlado[377]. La interposición de medidas de precaución supondría, por su parte, en la mayoría de casos imprudencia leve.

De lo dicho, queda claro que contribuyen a determinar la imprudencia grave tanto la importancia del deber objetivo de cuidado en función a la protección del bien jurídico, la facilidad de su cumplimiento en el caso concreto, la magnitud elevada del riesgo que se crea y las circunstancias en las que se realiza la conducta. En todo caso, la determinación de la imprudencia grave depende de un criterio **individual**[378]. La imprudencia grave no se atenúa en el caso de la concurrencia de culpas o por el comportamiento imprudente de la víctima[379]. También pueden tener cabida otros factores distintos a los enunciados[380].

---

376 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/53, p. 518; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/24, p. 392.

377 Vide con particularidades: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 517.

378 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 613.

379 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 45. En sentido distinto: PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 156.

380 Cfr. RIZ, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 257, quien alude a la conciencia del agente de la peligrosidad de su conducta, la mayor o menor previsibilidad del evento, la concreta capacidad de la persona de impedir el evento, etc.

La jurisprudencia comparada considera hipótesis de imprudencia grave el matar conduciendo con exceso de velocidad en una población, la grave vulneración de la *lex artis*, invadir la calzada opuesta, la inobservancia de la dismunición de velocidad en un cruce[381], el no parar el vehículo pese a la somnolencia, el adelantamiento en cambio de rasante, circulación con defecto visual grave[382], conducir con exceso de alcohol[383], etc.

La imprudencia leve puede obtenerse de la inversión de los factores aludidos.

La gravedad de la imprudencia no puede ni debe inferirse de la importancia del bien jurídico que resulte lesionado. Un criterio semejante supone enfatizar en la gravedad del hecho[384] más que en la gravedad de la imprudencia. De igual manera no se debe identificar automáticamente la gravedad del resultado con la gravedad de la imprudencia[385]: una imprudencia grave puede generar resultados leves y una imprudencia leve puede generar resultados graves.

Tanto la imprudencia grave como la leve generan una distinta magnitud y valoración del injusto en los delitos imprudentes que ha de verse reflejada en el momento de la determinación judicial de la pena.

También ejerce influencia en la determinación judicial de la pena los factores individuales y el poder personal de evitación (la culpabilidad), v. gr. si la persona tiene o no defectos físicos, intelectuales o patológicos que inciden en su comportamiento y en el respeto al cuidado exigible en un determinado ámbito de relación[386].

---

381 Vide MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 50.

382 Vide JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 406.

383 Vide GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151.

384 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 334; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 549.

385 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 155; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 550; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 104.

386 Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., T. I, art. 43/114, p. 471; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 172.

Como hemos repetido continuamente a lo largo de la exposición, nuestra regulación penal, respecto a la gravedad de la imprudencia, es distinta, por ejemplo, que la regulación española, en donde solo la imprudencia grave abre la posibilidad de estimar la comisión de un delito, mientras que la imprudencia leve hace que se considere al comportamiento como una simple falta; situación que trae consigo no solo un cambio en cuanto a penalidades, consecuencia de la distinta valoración jurídica, sino que dicha concepción se ve reflejada en el tratamiento procesal de las infracciones.

V. EL HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO

1. El segundo párrafo del artículo 111°

El segundo párrafo del artículo 111° del Código Penal agrava, de cuatro a ocho años,la pena privativa de la libertad e impone, además, inhabilitación en tres supuestos: a) la conducción en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes «*con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro*»; b) si con la conducta imprudente son»*varias las víctimas del mismo hecho*» y c) si el delito «*resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito*» .

El fundamento y la idea directriz que explica este párrafo del homicidio imprudente reside en que el legislador peruano considera como circunstancia agravante la infracción de las **reglas de tránsito**, entre las que se cuenta, como es lógico, el conducir en estado de ebriedad o bajo el efecto de los estupefacientes[387]. Con ello se muestra preocupación por el cumplimiento y vigencia de las normas de seguridad vial.

Se ha considerado necesario establecer una especial y más dura punición a todo aquel que cause una muerte al violar las normas de tráfico rodado, sobre la base de la mayor extensión y frecuencia del peligro proveniente de la conducción de automotores.

---

[387] Críticamente: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 154.

El tráfico rodado genera innegables beneficios a la sociedad contemporánea reportando una serie de ventajas económicas, sociales y de diversa índole al individuo como el ejercicio de un conjunto de derechos, v. gr. la libertad de tránsito y el derecho al trabajo en el caso de choferes[388]. Sin embargo, arrastra consigo una serie de riesgos que se ven intensificados por la masificación del automóvil y las diversas rutas de la circulación vial[389].

Los daños producidos por la infracción a las normas de tránsito son evidentes. En el Perú, entre los años 1998 y 2006, fallecieron 28,534 personas a consecuencia de los accidentes de tránsito, mientras que otras 299, 387 personas resultaron heridas y miles quedaron discapacitados[390]. Los accidentes de tránsito representan la tercera causa de muerte en el país[391].

Las estadísticas arrojan que los accidentes de tránsito en todo el mundo acaban cada año con la vida de 1.2 millones de personas, dejando seriamente heridos o discapacitados a un número de entre 20 y 50 millones de individuos[392]. Los informes de las Naciones Unidas señalan que las colisiones de tránsito constituyen la segunda causa principal de muertes en las personas de entre 5 y 25 años. Dentro de este

---

388 Vide, la STC recaída en el Exp. N° 3736-2004-AA/TC, caso Tito Freddy Ñaupari Zegarra.

389 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 57.

390 «Las muertes producidas representan una tasa algo más de 30 personas fallecidas por cada 10,000 vehículos, ubicándonos en un estándar de 30 veces mayor al de los países desarrollados, pese a contar con una tasa de motorización cercana a los 50 vehículos por cada mil habitantes, cifra por cierto muy inferior a la de nuestros países vecinos y muy lejana a los 750 vehículos por cada mil en EE.UU. con una tasa de 1 accidente por cada mil»; vide TAPIA GRILLO, Juan, La seguridad vial en el Perú, en Boletín Virtual de la Asociación Automotriz del Perú, Año 1, Nº 3/2007, viernes 31 de agosto de 2007.

391 La directiva Nº 114-MINSA/DGPS-OGDN V.01 define al accidente de tránsito como: «*La colisión en la que participa al menos un vehículo en movimiento por un camino público o privado y que deja al menos una persona herida o muerta*». Por su parte el reglamento de tránsito define al accidente como: «*Evento que causa daños a personas o cosas que se produce como consecuencia directa de la circulación de personas y vehículos*».

392 La región de América Latina tuvo en 2000 la tasa per cápita promedio de fatalidades por accidentes de tráfico más alta del mundo, con 26.1 muertes por 100.000 habitantes.

grupo de edad, los varones jóvenes (peatones, ciclistas, motociclistas, conductores principiantes y pasajeros) tienen una probabilidad aproximadamente tres veces mayor de morir o sufrir traumatismos en las carreteras que las mujeres jóvenes.

Los **costos económicos de las lesiones causadas por accidentes de tránsito en carreteras** se calculan en 518 mil millones de dólares por año. En los países en desarrollo, los costos se estiman en 100 mil millones de dólares, una cifra que representa el doble de la cantidad anual de ayuda a estos países[393].

La Organización Panamericana de Salud (OPS) señala entre las principales causas de muerte en la carretera a tres elementos esenciales: conducir bajo los efectos del alcohol, exceso de velocidad y utilización inadecuada o no utilización de los cinturones de seguridad. Otras razones importantes son: deficiencias en el trazado de las carreteras y en el entorno de las calzadas; diseño inseguro de los vehículos; aplicación insuficiente de las normas de seguridad vial; notoria ausencia en muchos países de tratamiento adecuado para los traumatismos (falta de atención oportuna y eficaz, y largos lapsos de tiempo entre choche e ingreso en un hospital).

El Perú es el país de América Latina que tiene la mayor variación porcentual de muertes por accidentes de tránsito en la región en los años 1996 y 2003, llegando a un 54%[394].

Una estrategia integral desde un punto de vista político-criminal debe tomar en cuenta la necesidad de integrar la intervención de la sociedad y del Estado a través de medidas y acciones educativas, de difusión de las reglas de tránsito y las correspondientes medidas administrativas y las sanciones penales[395].

---

[393] http://www.paho.org/Spanish/dd/pin/whd04_main.htm.

[394] http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/23223/lcl2402e.pdf

[395] En este sentido, la STC recaída en el Exp. N° 3736-2004-AA/TC, caso Tito Freddy Ñaupari Zegarra, ha señalado que: «*El Tribunal Constitucional es consciente que en una colectividad con notorios síntomas de irresponsabilidad por parte de diversos conductores, no puede omitirse el rol*

a. El autor conduce un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad

a.1. Generalidades

La conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de las drogas es una de las causas más frecuentes del homicidio imprudente[396]. Junto al exceso de velocidad, la fatiga, o la realización de maniobras imprudentes, el consumo de alcohol y drogas representa a la etiología clásica de los accidentes de tránsito y la provocación de la muerte.

Las estadísticas en el Perú arrojan que dentro de las causas de los accidentes de tránsito por ebriedad del conductor se produjeron en el año 2006: 7324 accidentes, en el año 2004: 6891 accidentes, en el año 2003: 6732 accidentes[397].

El alcohol reduce la capacidad de acción y reacción de una persona y por ende, su comportamiento será inseguro y peligroso[398]. El consumo de alcohol aumenta tanto la posibilidad de una colisión como la gravedad de los traumatismos. Los conductores adolescentes varones tienen al menos cinco veces más probabilidades de participar en una colisión que los conductores mayores de 30 años.

---

preventivo y, hasta cierto punto de vista, pedagógico que implica toda medida de control sobre quienes tienen a su cargo el manejo de medios que facilitan el desplazamiento. Pero, así como es concluyente en la importancia de dicho cometido, tampoco puede ni debe ignorar que el hecho de que existan medidas de fiscalización y sanción, supone libertad irrestricta por parte de la autoridad para actuar sin distinguir contextos y situaciones. Queda claro que si hay que actuar limitando al conductor que actua de manera opuesta a las obligaciones que le imponen las disposiciones de tránsito, ello debe hacerse con toda firmeza, pero si por existir dichas facultades se va a cometer excesos o justificar arbitrariedades, ello tampoco es legitimo ni mucho menos aceptable en el Estado constitucional».

396 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 39; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 71.

397 Fuente: Oficina de Estadística del Estado Mayor PNP–Mininter.

398 Según la Organización Mundial de la Salud la aplicación en todo el mundo de leyes que regulen el consumo de alcohol por los conductores podría reducir en un 20% las colisiones relacionadas con la bebida. Vide también BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 249.

El consumo del alcohol produce una depresión del sistema nervioso central, deteriora la función psicomotora, la percepción sensorial (vista y oído), al igual que modifica el comportamiento de la persona. Hay perturbaciones físicas y psíquicas[399].

La persona que conduce en estado de ebriedad demora el tiempo de reacción, pues hay una respuesta tardía del sistema psicomotor una vez que se ha recibido la información del mundo exterior[400]. Asimismo, el alcohol produce importantes efectos en la coordinación manual. El conductor no se encuentra en condiciones de ponderar correctamente la velocidad, la distancia y la situación del vehículo, como pierde notablemente la atención y la capacidad de reacción frente a una situación inesperada (*afectación del sistema psicomotor*).

Por otro lado, la ingesta de alcohol deteriora el campo visual[401], alterando la visión periférica. Hay una propensión a una reacción inadecuada si se produce el fenómeno del deslumbramiento (*afectación del campo visual*).

El alcohol causa una distorsión de la personalidad y afectividad de la persona, generando normalmente, por ejemplo, una sobrevaloración de capacidades, fuerzas y potencialidades, bajo la apariencia de una mayor seguridad en sí mismo. Hay también un efecto desinhidor para la realización de conductas peligrosas así como la idea de que se tiene mayor dominio y control de la situación. Se produce también una alteración en el campo emocional apareciendo reacciones de euforia, agresividad, conductas temerarias[402], etc. (*afectación de la personalidad y en la conducta*).

a.2. Su relación con el delito de conducción en estado de ebriedad

El segundo párrafo del artículo 111° del Código Penal ha incorporado una circunstancia que posee una marcada vinculación con el delito

---

399 Loc. cit.

400 Vide la tabla de alcoholemia incorporada como anexo del artículo 4º de la Ley Nº 27753.

401 Ídem.

402 Ídem.

de conducción en estado de ebriedad. Tal es su parentesco que a todas luces el legislador ha introducido dentro del homicidio imprudente el aspecto esencial del delito regulado en el artículo 274° del Código Penal, al sancionar con una pena agravada al que mata conduciendo un **vehículo motorizado** bajo el efecto de los estupefacientes o en estado de ebriedad. Asimismo, alude al indicador de «*proporción mayor de 0.5 gramos-litro*» para determinar el grado de concentración en la sangre.

Sin embargo, la ley no recoge todas las modalidades comisivas del delito de conducción en estado de ebriedad. Solo toma en cuenta al que conduce un vehículo motorizado, excluyendo intencionalmente a quien «*opera o maniobra un instrumento, herramienta, máquina u otro análogo*». Ello es compatible con el propósito del legislador de reparar únicamente en la violación de las reglas de seguridad vial proveniente de la conducción de vehículos motorizados.

La reforma legislativa busca tomar en cuenta uno de los riesgos más frecuentes, intensos y perjudiciales en los accidentes de tránsito y que incide en la elevada tasa de mortalidad en este ámbito, considerándola como una circunstancia agravante del homicidio imprudente.

Con todo, debe resaltarse la condición de este segundo párrafo como un **delito preterintencional** en la medida que existen hechos claramente delimitados: a) el conducir en estado de ebriedad o bajo la influencia de bebidas alcohólicas es un comportamiento emientemente doloso y b) la causación de una muerte de manera imprudente.

No es que la conducción en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes se haya degradado a una figura imprudente, dejando de lado su característica eminentemente dolosa dentro de los delitos de seguridad pública. La infracción, o el aspecto central de ella, sigue conservando el rasgo doloso, pero lo que cambia es su relación con el resultado que es provocado de manera imprudente.

El legislador ha planteado en una formulación típica unitaria, lo que podía dejarse para ser resuelto por la aplicación de la teoría de los concursos entre el artículo 274° (conducción en estado de ebriedad) y el

artículo 111° (homicidio imprudente)[403]. Con el fin práctico de orientar la aplicación del Derecho, nuevamente se ha optado por regular expresamente un problema que podía ser resuelto con la aplicación tradicional de las categorías dogmáticas.

Finalmente, se ha de destacar que no siempre cuando se produzca un resultado muerte, el delito de conducción en estado de ebriedad va necesariamente a concurrir con el homicidio imprudente.

Puede ocurrir que por la gravedad e intensidad del peligro, las particularidades del caso concreto (peligrosidad de las maniobras), o la ausencia de la más mínima maniobra para evitar que se configure el homicidio simple a título de dolo eventual, el riesgo creado con la conducción en estado de ebriedad se concreta en el resultado incluso cuando el autor en todo momento fue consciente que su conducta estaba en condiciones de provocar el resultado (muerte). Con ello, queda claro que también se puede matar dolosamente (homicidio simple e, incluso, asesinato) manejando en estado de ebriedad o bajo la influencia de estupefacientes. El resultado (muerte) no siempre se reputará como imprudente. Ello depende de las circunstancias del caso concreto y del contexto situacional.

a.3. La conducción de un vehículo motorizado

Por conducción debe entenderse el manejo de los mecanismos de dirección e impulsión de un vehículo, (motor o ciclomotor) de un lugar a otro[404]. Solo puede ser autor quien conduce. Esta situación concreta lleva a sostener a un sector de la doctrina que estamos ante un delito de propia mano[405].

---

[403] Vide ampliamente: GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154.

[404] Cfr. TAMARIT SUMALLA, José María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1044; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 652; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 249.

[405] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 652; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1045.

Desde el punto de vista teleológico se propone restringir los casos de conducción a aquellos supuestos en los que el vehículo se mueve por su propio motor y no cuando solo es empujado o se impulsa por la gravedad[406], sobre la base de que la ley castiga a quien conduce el vehículo y no al que lo mueve a través de una fuerza mecánica cualquiera o deja el movimiento en manos de la gravedad.

Desde el punto de vista jurídico-penal y de la seguridad vial se *conduce* cuando el vehículo comienza a circular o se integra al tráfico. El solo subir al vehículo, el quedarse dormido o descansado inmediatamente, el prender los motores, o el avanzar, por ejemplo unos cuantos metros no cumple con este requisito[407]. La forma del ingreso del alcohol o la sustancia estupefaciente al cuerpo no interesa. Puede realizarse por inhalación, ingestión o frucción[408].

También cae dentro de este ámbito los casos de **conducción compartida** (v. gr. de aprendizaje) en el que uno (o los dos pilotos) se encuentra en estado de ebriedad o bajo la influencia de los estupefacientes[409].

La doctrina mayoritaria, con razón, considera que solo se castiga los casos de conducción en **vías públicas**, en la medida que en ellas se desarrolla la idea de tráfico[410]. Pertenece a la noción de vías públicas no solo las vías urbanas, interurbanas o las carreteras, sino también los terrenos aptos para la circulación, que se encuentren o no asfaltados o sean reconocidos formalmente como parte del sistema vial local, regio-

---

406 Cfr. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1044.

407 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, «Delitos contra la segurdad del tráfico», en CASTIÑEIRA PALOU, Teresa y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coords.), SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 271.

408 Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 708.

409 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 652.

410 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la segurdad del tráfico», cit., p. 271; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., p. 708; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 653; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 249.

nal o nacional. Incluso, caen dentro de este ámbito las vías de propiedad privada que son usadas por un número indeterminado de usuarios[411], v. gr., servidumbres.

El Reglamento de Tránsito (D.S. N° 033-2003 MTC) define al vehículo como «*el artefacto de libre operación que sirve para trasportar personas o bienes por una vía*». Por su parte, entiende por vehículo automotor «*el vehículo de dos o más ruedas que tiene motor y tracción propia*». Cuando la ley penal alude a vehículo motorizado, su interpretación debe ser equivalente a la noción de vehículo automotor a la que se refiere el artículo 2° del Reglamento de Tránsito. Asimismo, la noción de vehículo automotor es independiente de la dimensión o tamaño del mismo. Se acepta también aquí los vehículos (automotores) menores[412].

a.4. El estado de ebriedad

La ley penal peruana exige –como en el artículo 274– que la conducción de un vehículo se produzca en estado de ebriedad. La norma establece una condición y un estado concreto para la aplicación de la ley penal: el de ebriedad.

La opción legislativa de nuestro Código Penal se diferencia, por ejemplo, de algunas regulaciones del Derecho comparado que lejos de aludir al estado de ebriedad, más bien se refieren al hecho de conducir «*bajo la influencia de bebidas alcohólicas*» (artículo 379° CP español). Asimismo, resulta por demás relevante señalar la diferencia estructural a nivel de la misma formulación típica respecto a que la ley, cuando se refiere al consumo de bebidas alcohólicas, alude a la producción de un estado de ebriedad, mientras que cuando se refiere al consumo de drogas, solo exige que la conducción se produzca «*bajo el efecto de estupefacientes*», situación que tanto en el campo normativo como en el ámbito de aplicación judicial del precepto, implica fundamentales consecuencias.

---

[411] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, p. 711.

[412] El Reglamento de Tránsito entiende por vehículo automotor menor: «*vehículo de más de dos o tres ruedas provisto de montura o de asiento para el uso de su conductor o de pasajeros, según el caso [bicimoto, motoneta, motocicletra, mototaxi, triciclo motorizado]*».

La exigencia legal de conducir en **estado de ebriedad** se debe diferenciar de: a) conducir habiendo consumido bebidas alcohólicas, situación que solo requiere comprobar el consumo de alcohol, sin más (con la superación o no de un determinado límite legal); b) conducir *bajo la influencia o los efectos del consumo* de bebidas alcohólicas, hecho que supone constatar una particular incidencia directa en el autor del alcohol, en relación concreta con el acto de conducir[413]. En este caso no solo basta verificar la ingesta alcohólica; es necesario además que exista una real y efectiva influencia en la conducción del vehículo automotor.

Frente a estas modalidades típicas, el legislador penal peruano ha impuesto una exigencia adicional en la que no es suficiente el simple hecho del consumo, o el conducir bajo la influencia del alcohol, sino que es indispensable constatar un estado real de ebriedad. Con ello, queda claro que en nuestra legislación no basta registrar un determinado consumo por encima del límite permitido, ni que haya una incidencia directa en el acto de manejar. Resulta indispensable algo más: que la persona se encuentre ebria.

La posible objeción respecto a que la ley penal peruana, tanto en el delito de conducción en estado de ebriedad (artículo 274°) y el homicidio imprudente agravado (artículo 111°), establece un límite al aludir a la «*presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro*» lo que significaría que para la norma basta que se supere dicho límite para dar por probado el estado de ebriedad[414]; olvida que dicho criterio en el mejor de los casos solo tiene un sentido referencial y cumple el papel de pauta orientadora para saber el límite mínimo debajo del cual no es posible acreditar el mencionado estado de ebriedad. La ley con dicha cuantificación fija los límites mínimos a partir de los cuales puede computarse el estado de ebriedad.

---

413 Vide, sobre las posibilidades interpretativas, ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos, «El delito de conducir, operar o maniobrar en estado de ebriedad y drogadicción», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 2004, Nº 11, pp. 123 y ss.

414 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, p. 715: «No toda presencia de alcohol en la sangre produce incapacidad para la conducción».

Una interpretación en contrario que se restrinja únicamente a constatar la presencia de un determinado porcentaje de alcohol en la sangre, para dar probado el delito de conducción en estado de ebriedad, y la configuración de la agravante en el delito de homicidio imprudente, se encuentra sometido a las siguientes observaciones. Veamos:

En primer lugar, una interpretación como la descrita quebranta de manera abierta el **principio de igualdad**, ya que se pasa por alto que la ingestión de bebidas alcohólicas no siempre desarrolla los mismos efectos en las personas, aun cuando se hable de clases, cantidades e ingestas semejantes, toda vez que los seres humanos no tienen el mismo nivel de tolerancia y/o resistencia para el consumo de alcohol[415]. Ello depende de una serie de factores colaterales como el cansancio, situaciones anímicas o emocionales (depresión, decepción amorosa), constitución física, habitualidad o la existencia de una enfermedad.

En segundo lugar, se estaría infringiendo de la manera más flagrante y lamentable el principio constitucional de la **presunción de inocencia**[416], por cuanto se estimaría, de manera general, que toda persona que supera el límite legal o administrativo de consumo de alcohol (pre-

---

[415] Cfr. ÁVALOS RODRÍGUEZ, «El delito de conducir, operar o maniobrar en estado de ebriedad y drogadicción», cit., pp. 113 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 653.

[416] El Tribunal Constitucional español en la sentencia Nº 319/2006 del 15 de noviembre de 2006 declaró fundado un amparo, pese a que se había condenado a un conductor que en la primera prueba de un control preventivo de alcoholemia arrojó un resultado de 1.16 mg. y en la segunda prueba 1.17 mg. En dicha sentencia el TCE estableció que dichos criterios no son suficientes para condenar, señalando que: «2. *Es necesario, por tanto, traer a colación la reiterada Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con los elementos del delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379 CP). De la misma basta destacar que el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito -el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas- se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que este deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol. De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar*

sencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro) se encuentra en estado de ebriedad o, automáticamente, por registrar dicho consumo ha cometido el delito, pese a que en la situación concreta la persona no se encuentre en estado de ebriedad o ni siquiera esté bajo la influencia de las bebidas alcohólicas. Los límites legales configurarían una presunción *iure et de iure* que haría inviable la prueba en contrario: superado 0.5 gramos-litro de alcohol en la sangre se entendería cometida la agravante, pese a que la persona no se encuentre ebria.

En tercer lugar, se terminaría violando el **mismo principio de legalidad de los delitos y de las penas**, pues pese a que la ley alude a la existencia de un estado de ebriedad como requisito esencial para su aplicación, se estaría entendiendo –contra su texto– que solo es suficiente un grado elemental de alcohol en la sangre.

En cuarto lugar, la misma Ley N° 27753 establece categóricamente que «*las tasas de alcoholemia en aire espirado, que se efectúen como parte de la actividad preventiva policial,* ***serán indiciarias y referenciales***», lo que significa que los controles administrativos, entre los que se encuentra las pruebas de alcoholemia, por sí solos no se encuentran en condiciones de probar suficientemente la responsabilidad penal de la persona y que, por último, solo tienen el valor de meros indicios y referencias[417]. Incluso, la misma norma establece a continuación la necesidad de practicar «*al intervenido el examen de intoxicación alcohólica en la sangre*».

a.5. Determinación técnica del estado de ebriedad

La fijación del estado de ebriedad y la influencia del alcohol en la actividad concreta de la persona corresponde determinarla a la ciencia

---

el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3.a; 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.b; 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3)».

[417] En el caso de la doctrina española: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 654.

médica[418] y no a la ciencia jurídica. El legislador debe tomar en cuenta los desarrollos de la medicina, los consensos que se pueda alcanzar dentro de esta rama del saber y no sus consideraciones personales o las simples valoraciones sociales.

Si bien lo recomendable y óptimo es que la ciencia médica pueda precisar con exactitud los límites mínimos y máximos en los que el alcohol ejerce una influencia en la persona, o desde qué momento debe entenderse que existe un estado de ebriedad, lo cierto es que la experiencia demuestra que dicha influencia está supeditada a la concurrencia o no de una serie de factores como la salud, el estado físico-anímico de la persona, sensibilidad al alcohol, consumo de alimentos u otras sustancias etc.[419].

a.6. Prueba del estado de ebriedad

La doctrina y jurisprudencia comparada vienen exigiendo que el consumo de alcohol incida en la seguridad de la conducción. La tipicidad del delito, y en este caso de la agravante, depende no tanto de una determinada cantidad de alcohol en la sangre, sino de la efectiva y real influencia en la conducción.

La norma penal no prohíbe conducir con una determinada cantidad de alcohol en la sangre, tampoco que se conduzca bajo la influencia del alcohol, sino conducir en estado de ebriedad. La presencia de alcohol en la sangre constituye a lo mucho una infracción administrativa[420].

La superación de un determinado rango administrativo o legal de alcohol no siempre es un indicio fiable que pueda generar confianza en la administración de justicia respecto a que la conducción se produce en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol[421]. Como se dijo,

---

[418] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, p. 715.

[419] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 654; MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, p. 715.

[420] Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la segurdad del tráfico», cit., p. 271.

[421] Ibídem, p. 276.

ello depende de una serie de variables y factores individuales que deben tomarse en cuenta necesariamente para ponderar el hecho de manera adecuada[422].

Asimismo, debe acudirse en cuanto fuera pertinente y posible a la prueba de testigos (v. gr. transeúntes) y a la declaración de los policías (o autoridades) que tuvieron un conocimiento directo de los hechos y que se cercioraron si la persona se encontraba o no ebria. Se debe ponderar también el *acta de sintomatología* que registra, entre otros factores, el olor a alcohol del conductor, su forma de hablar, la manera de caminar o la coordinación de sus movimientos[423]. Se debe propender a una **valoración integral de la prueba**[424].

Sin embargo, ello no quiere decir que científicamente no haya límites fiables o parámetros que generen seguridad respecto a desde cuándo una persona puede considerarse ebria o afectada por el consumo de alcohol. Así, por ejemplo, en países como Alemania se estima que la **incapacidad absoluta para la conducción** va desde 1,1 g/l (antes 1;5 g/l), hecho que permite afirmar la tipicidad de la conducta[425]. Se considera que desde dicho nivel de alcoholemia cualquier persona ve afectada su capacidad para la conducción.

En España se considera de que por encima de 2,0 g/l puede afirmarse siempre y con certeza que se ha conducido bajo influencia del alcohol, mientras que la presencia de 1,5 g/l solo hace probable dicha influencia. Dicha conclusión se debe a que el índice de tolerancia es individual, depende de la velocidad del metabolismo y de la resistencia del sistema nervioso[426].

---

422 Cfr. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1046; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 654.

423 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la segurdad del tráfico», cit., p. 271; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1046.

424 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 654.

425 SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 169, considera que en estos casos la prueba de alcoholemia supone una «definición operacional de términos teóricos».

426 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, p. 717.

En todo caso, siendo las pruebas de alcoholemia muy útiles para determinar el grado de alcohol en la sangre, su importancia no puede ni debe ser exagerada, pese a que se trata de pruebas científicas fiables[427]. Ello se debe a que no termina por acreditar el aspecto objetivo central del tipo penal consistente: el estado de ebriedad o el conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas.

a.7. La conducción bajo el efecto de estupefacientes

El legislador penal también establece la circunstancia agravante del homicidio culposo –igual que en el delito de conducción en estado de ebriedad– sobre la base del consumo de estupefacientes. Sin embargo, a diferencia de lo que se requiere respecto a la existencia de un estado de ebriedad en cuanto al consumo del alcohol, la norma aquí solo reclama la conducción bajo la influencia de estupefacientes.

Si bien el término estupefaciente[428] no agota la amplitud de sustancias que puedan afectar la actividad de conducir, como tampoco técnicamente se asimila a la drogas y sustancias psicotrópicas, un sector de la doctrina penal considera que lo importante es interpretar la norma según su finalidad y el bien jurídico protegido, englobando a cualquier circunstancia que pueda influir sobre las condiciones del conductor afectando la seguridad en el tráfico[429], independientemente de si se trata o no de un estupefaciente.

Los métodos científicos para comprobar la ingesta de estupefacientes y su influencia en la conducción del vehículo, son distintos a la comprobación del estado de ebriedad. Dichos medios pueden ser las pruebas de saliva, pupilómetro, etc., que tienen un valor relativo, cuyo peso deberá ser complementado con la prueba de testigos y la declaración de los agentes intervinientes[430].

---

[427] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 654; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1046.

[428] Sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; p. ej., la morfina o la cocaína.

[429] Cfr. CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., p. 709; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1045.

[430] Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la segurdad del tráfico», cit., p. 272.

a.8. ¿Es necesario que la conducción irregular del vehículo sea externamente perceptible?

Un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada considera que no basta que exista un consumo de alcohol con incidencia en la conducción, sino que es necesario que haya una conducción anómala o irregular y esta se exteriorice.

Otro criterio, empero, solo exige que haya la demostración de un estado de ebriedad o de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes, independientemente de si existe una conducción anómala visible[431].

A ello abonan dos razones: a) la conducción exterior irregular puede provenir de diversas causas y circunstancias y no siempre del consumo del alcohol o estupefacientes, pese a que se haya ingerido dichas sustancias. Una persona puede haber consumido alcohol, incluso encontrarse en estado de ebriedad, y aún así la conducción irregular se produciría por circunstancias ajenas a su voluntad, v. gr. maniobra negligente de otro conductor, condiciones de la autopista y b) una persona puede conducir con absoluto respeto a las normas de tráfico (respetar las señales de tránsito, velocidad moderada), pero encontrarse en completo estado de ebriedad o con una verificable influencia de alcohol en la sangre[432].

La ley solo exige en la configuración de la agravante la existencia del estado de ebriedad y no que el alcohol o los estupefacientes incidan de manera real y efectiva en el acto de conducir. La circunstancia se configura al cumplirse con el requisito legal de ebriedad y no con la prueba de una conducción irregular externamente visible. Basta la ebridad, aunque la conducción sea perfecta.

---

431 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1049; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 655.

432 Vide MOLINA FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, cit., Vol II, pp. 718 y ss.

En todo caso, es posible que la conducción irregular o la realización de maniobras peligrosas aparezcan como un indicio importante de la conducción en estado de ebriedad[433].

b. Si el delito «*resulta de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito*»

b.1. Generalidades

La Ley N° 27753 ha introducido una nueva circunstancia agravante en el homicidio imprudente y lo ha incorporado en el segundo párrafo del artículo 111° del Código Penal. Dicha circunstancia sanciona con una pena drástica (de 4 a 8 años) si la muerte de la persona tiene su origen en la infracción de las reglas técnicas de tránsito[434].

La circunstancia agravante guarda una profunda relación con la otra circunstancia del artículo 111°: «*conducción en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes*», la cual supone en puridad una infracción específica a las normas de tránsito. En efecto, conducir en estado de ebriedad supone violar una norma de tránsito que prohíbe conducir ebrio.

Asimismo, la infracción de las reglas de tránsito se pueden ubicar dentro de las normas que fijan las reglas de profesión, de ocupación o industria que configuran una agravante independiente regulada en el tercer párrafo del artículo 111°[435].

b.2. ¿Solo se castigan las infracciones a las reglas de tránsito reguladas en el Reglamento de Tránsito (D.S. N° 033-2003 MTC)?

Uno de los problemas prácticos más importantes reside en determinar si solo se castigan las violaciones a las reglas de tránsito expresa-

---

[433] Cfr. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1046; MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la segurdad del tráfico», cit., p. 272.

[434] Críticamente: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 155.

[435] Vide la sentencia recaída en el Exp. N° 4257-98, del 28 de diciembre de 1998, en donde toca el caso de un *chofer profesional*.

mente recogidas en el reglamento correspondiente o es posible ahondar y ampliar el ámbito de cobertura de las reglas de tránsito.

Nadie discute ni pone en duda que las normas de tránsito más importantes se encuentran recogidas y regulas dentro del Reglamento de Tránsito y que dichas normas deben ser observadas y cumplidas en el tráfico vial, v. gr. límites de velocidad[436]. Sin embargo, también es cierto que el Reglamento de Tránsito no recoge todas las reglas del tráfico vial ni las posibles infracciones que se cometen contra dichas normas. Ello se debe a que el tránsito es un fenómeno dinámico, abierto, en continua expansión y desarrollo, cuyos contornos y límites no pueden ser definidos ni agotados por las normas jurídicas. Su diversidad y ámbito de aplicación difícilmente puede ser cubierto por el ordenamiento jurídico. Las normas técnicas tienen un desarrollo más rápido y mudable que las normas jurídicas. Las reglas de tránsito no son la excepción.

Por tal razón, queda claro que las reglas de tránsito no siempre están recogidas en normas jurídicas, y en particular en el Reglamento de Tránsito, lo cual no significa que no existan. La existencia de reglas técnicas no equivale a sostener la existencia de la correspondiente norma jurídica[437]. Regla técnica no es sinónimo de norma jurídica[438]. Las reglas de tránsito, en la medida que evolucionan, en ocasiones dejan obsoletas a las normas jurídicas, o a veces se detecta también la configuración de vacíos o lagunas normativas, en el sentido de déficits de regulación jurídica de determinadas reglas de la técnica, entre las que se pueden contar a las reglas de tránsito.

La aceptación de las reglas de tránsito, no escritas, no positivizadas o sencillamente sin su correlato jurídico, como susceptibles de configurar la circunstancia agravante del homicidio imprudente; no implica la infracción al principio de legalidad ni la configuración de una analogía

---

436 Vide la sentencia recaída en el R.N. 2565-97, del 28 de enero de 1998.

437 Es posible respetar las reglas técnicas y a la vez violar una norma jurídica o el deber de diligencia v. gr. se puede ir a una velocidad permitida [40 km/h] e infringir un deber objetivo de cuidado al no frenar o no realizar una maniobra de evitación para no atropellar a una persona.

438 Cfr. SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 174.

in malam partem o la posible creación arbitraria de reglas. Por el contrario, implica el reconocimiento de las especiales características de las reglas de la técnica y la importancia que ocupan en el desarrollo de determinadas actividades y, en general, las enormes ventajas que generan a la sociedad.

Asimismo, debe resaltarse el hecho de que la propia ley penal (segundo párrafo del artículo 111°) refiere a «*la inobservancia de reglas técnicas de tránsito*» y no alude a la violación de normas jurídicas de tránsito o a la violación de las normas contenidas en el Reglamento de Tránsito.

Dentro del mismo ordenamiento jurídico existen normas, distintas al Reglamento de Tránsito, que se ocupan de la regulación y tratamiento de las reglas técnicas de tránsito, ya sea como desarrollo autónomo e independiente de dicho reglamento o como una regulación complementaria. Así se tienen a las directivas, resoluciones y diversa normativa administrativa que expide el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

La jurisprudencia peruana en los accidentes de tránsito ha encontrado responsabilidad debido «*al operativo del conductor al reiniciar su marcha sin valorar los peligros existentes en su entorno de seguridad, debido al marcado exceso de confianza con el que inicia su desplazamiento, aunando a ello las características mismas del vehículo*»[439].

b.3. ¿Qué se entiende por inobservancia *de las reglas técnicas de tránsito?*

La inobservancia o incumplimiento de las reglas de tránsito puede ser cometida por una conducta comisiva o por una omisión. El autor puede violar la norma de manera positiva, v. gr. conducir a una velocidad; o mediante una omisión, v. gr. no respetar una señal de tránsito[440]. La modalidad del comportamiento que incumple con la norma de tránsito no interesa.

---

[439] Vide, la sentencia recaída en el expediente 4257-98 del 28 de diciembre de 1998.

[440] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 126.

Es irrelevante la clase de regla de tránsito que se infrinja, siempre que su violación traiga consigo la creación de un riesgo para la vida de terceros. Puede tratarse de la violación de una norma técnica de tránsito elemental, como de una regla no esencial. En ambos casos se verifica la infracción del deber objetivo de cuidado. La gravedad de la violación de la regla de tránsito repercute en la magnitud del injusto penal y como consecuencia de ello hay repercusiones en la determinación judicial de la pena.

Sin embargo, por mandato legal no basta que se haya violado una norma técnica de tránsito, es decir, no es suficiente que se cree un riesgo típicamente relevante. Es necesario que dicho riesgo se realice y concrete en el resultado. La muerte (homicidio) debe ser consecuencia de que se ha infringido una norma de cuidado específica y concreta: una regla técnica de tránsito. Si la muerte se produce por un factor de riesgo distinto a la infracción de una regla de tránsito, no solo faltará un criterio de imputación objetiva fundamental (realización del riesgo), sino que la circunstancia agravante no deberá aplicarse, toda vez que la ley exige que el delito (homicidio) «*resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito*».

b.4. La prueba en los accidentes de tránsito

Según una jurisprudencia consolidada, una de las pruebas fundamentales, en los accidentes de tránsito, que busca determinar la infracción a las reglas de tránsito, ya sea del autor o de la víctima, es el informe técnico-policial suscrito por la Unidad de Investigación de Accidentes de Tránsito de la Policía Nacional del Perú[441].

c. Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho

Esta circunstancia se repite de modo lamentable, en una muestra de una técnica legislativa sumamente errática, en el párrafo tercero del artículo 111° del Código Penal.

---

[441] Vide la sentencia recaída en el Expediente 4257-98, del 28 de diciembre de 1998; Exp. Nº 362-97 del 21 de abril de 1998.

Para evitar un tratamiento injusto y resultados altamente insatisfactorios es que se debe interpretar la norma vinculándola a una concreta infracción al deber objetivo de cuidado: la infracción de una norma técnica de tránsito. De otra forma, se llegaría al absurdo de que tanto en el párrafo segundo como en el párrafo tercero del homicidio imprudente (artículo 111° CP) existiría la misma circunstancia agravante: «*Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho*», sin ninguna conexión a un hecho especial o a la infracción de un deber objetivo de cuidado. Lo paradójico del caso es que la misma circunstancia tendría asignada una pena distinta: entre cuatro a ocho años de pena privativa de libertad en el segundo párrafo y hasta seis años de pena privativa de libertad en el tercer párrafo.

Justamente, como el resultado típico es el mismo (*pluralidad de víctimas*) la diferencia debe encontrarse en el disvalor de la acción como es la infracción de un deber específico de cuidado: violación a las reglas técnicas de tránsito en el segundo párrafo y la violación a las reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria en el tercer párrafo.

c.1. La problemática

Resulta lamentable que pese a la importancia práctica de esta circunstancia, la doctrina nacional no se haya preocupado de estudiarla convenientemente, más aún la pasa de largo o la referencia es puramente casual.

El panorama es mucho más grave si se tiene en cuenta que la referencia a «*cuando sean varias las víctimas*» puede ser entendida como la penetración de criterios versaristas que pretenden agravar la sanción basándose en la producción objetiva de un resultado, dejando de lado la respectiva vinculación con el principio de responsabilidad subjetiva.

La mayoría de veces, al juez le basta comprobar la producción de dos o más muertes para aplicar la agravante sin ninguna exigencia adicional. Una práctica de esta índole no solo es equivocada, sino completamente ilegal. Por lo que se impone plantear una interpretación de la agravante.

c.2. La referencia de varias víctimas como exigencia de «varios fallecidos»

El legislador agrava el homicidio imprudente cuando son varias las personas que fallecen como consecuencia de la imprudencia[442]. No se aplica la circunstancia cuando hay solo un fallecido, pero, sin embargo, existe una pluralidad de heridos o personas que han sufrido diversos daños en su salud (lesiones).

La referencia al término «víctimas» debe entenderse en un sentido restringido, comprendiendo únicamente a quienes han perdido la vida a raíz de la infracción al deber de cuidado[443]. Las víctimas han de entenderse como una expresa referencia al sujeto pasivo: titular de un bien jurídico (vida). Son varias las víctimas cuando el número de muertes son dos o más.

Es inaceptable la interpretación del término «víctimas» en un sentido amplio como si se refiriera únicamente al número de los perjudicados con la inobservancia del deber de cuidado, independientemente del bien jurídico que se ha dañado. Un procedimiento de esta índole representaría una operación analógica que desborda el sentido literal posible y que se deberá rechazar abiertamente[444].

c.3. No es necesario que la muerte se produzca en el mismo instante

La ley no requiere que dichas muertes se produzcan en el mismo instante o tengan coetaneidad temporal[445].

Solo es necesario que las muertes sean consecuencia de la culpa, más allá si el resultado (muerte) aparece en el mismo instante o hay una diferencia temporal, la cual puede darse siempre que subsista la

---

[442] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 126.

[443] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 94.

[444] Sobre la prohibición de analogía y su problemática en nuestro derecho vide de manera amplia: CASTILLO ALVA, *Principios del Derecho penal. Parte* general, cit., p. 141.

[445] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 94.

imputación objetiva y el resultado no salga del ámbito de protección de la norma y del alcance del tipo.

c.4. La exclusión del puro resultado, sin conexión con las reglas de la imputación objetiva

Desde un principio debe quedar excluida la interpretación de la circunstancia como la simple producción de un mero resultado (muerte de varias personas) sin vinculación causal alguna o violando las reglas de la imputación objetiva. La constatación de «varias muertes» debe ser el primer dato para estimar la agravante, pero no el único ni el más decisivo.

Para determinar convenientemente su sentido, puede repararse en cuatro posibles criterios:

c.4.1. El criterio de la previsibilidad

Las muertes deben ser previsibles, lo cual significa que cualquier persona (hombre medio), en el lugar del autor, pudo darse cuenta que con la inobservancia del deber objetivo de cuidado, y el elevado peligro que se cierne sobre la vida de terceros y las circunstancias del caso, es posible que se pueda terminar matando a varias personas. Se considera que, respecto al resultado producido, existe una mayor exigibilidad de previsión, en especial, cuando se ponen en riesgo a un grupo de personas o se desempeñan actividades que demandan una mayor exigencia[446].

Si bien la previsibilidad del resultado era hasta hace poco el criterio principal utilizado para determinar no solo la gravedad de la imprudencia, sino la impudencia misma, hoy en día ha caído en descrédito como factor exclusivo y a lo mucho su valor se restringe a la calidad de un criterio complementario. No debe utilizarse a la previsibilidad para delimitar la imprudencia grave de la simple y ni siquiera la imprudencia en sí, más aún si se sabe que todos los eventos con más o menos inteligencia pueden ser previstos.

---

[446] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 73.

c.4.2. La referencia a la imprudencia consciente

Otra posibilidad hermenéutica es entender que la exigencia de la ley, respecto a la causación de varias muertes, debe obedecer a la imprudencia consciente. Se reflejaría así una mayor peligrosidad y reprochabilidad de la conducta, que es dirigida con discernimiento, y se valoraría, además, un dato irrefregable, según nuestra conciencia jurídica: es mucho más grave ser consciente del hecho y de su significación ilícita que ignorar o no tener en cuenta su producción.

Solo la culpa inconsciente podría dar lugar a una imprudencia simple, mientras que la consciente agravaría la responsabilidad penal.

Pese a la relativa facilidad de su comprobación y frente a las aparentes ventajas que ofrecería, no creemos acertado fundar la gravedad de la imprudencia, con la consiguiente modificación de la penalidad, en virtud de la sola remisión de la mayor o menor consciencia; pues, como señalamos, en algunas ocasiones la culpa inconsciente supera en gravedad a la consciente, y además porque la gravedad depende en gran medida de la importancia de la infracción del deber de cuidado. Mal se haría, entonces, en fundar la calificación de una infracción sobre bases tan endebles y sujetas a críticas.

c.4.3. La interpretación «según la intensidad o gravedad del peligro»

Aparece un criterio que busca vincular a la agravante en comentario con una determinada entidad de riesgo, producto de la grave inobservancia del deber objetivo de cuidado (*ut infra*), que hace probable la lesión al bien jurídico. No basta la pura producción de un resultado que, incluso, puede obedecer al azar o a la pura casualidad.

Es indispensable ponderar el **peligro notoriamente elevado** que haga sumamente posible la producción de un desenlace mortal plural. La proximidad o intensidad del peligro juega un papel decisivo.

Es necesario filtrar requisitos adicionales que permitan justificar razonablemente la mayor penalidad impuesta por el legislador. Y ello

a veces no puede conseguirse si es que no se remite a la notable elevación del riesgo y a la inobservancia de un cuidado que cualquier otra persona hubiese estado en condiciones de cumplir en el sector del tráfico respectivo.

Solo así sería posible neutralizar los resabios versaristas que pueden, sin problema, ser sugeridos por la redacción de la circunstancia agravante. De otra manera se estaría dejando su apreciación a la arbitrariedad del juez que no siempre se deja conducir por criterios objetivos, susceptibles de ser contrastados con el aporte del material probatorio pertinente; más aún si es en estos casos donde recibe una abierta presión de la opinión pública o los medios de comunicación para imponer una sanción elevada.

La objeción principal que se dirige contra este criterio es que la producción de varias víctimas (personas fallecidas) no depende de la gravedad o intensidad del peligro típico. También los riesgos no intensos ni graves pueden generar, en determinadas circunstancias, varias víctimas, sin que en estos casos se deje de aplicar la agravante.

c.4.4. La exigencia de un concurso ideal de delitos

Otra interpretación, la más razonable de todas, considera que la referencia a «varias víctimas» no es más que una regulación específica de un caso de concurso ideal de delitos[447] homogéneos[448], dado que se trata de una sola acción que causa una pluralidad de resultados[449]. Esta interpretación vendría abonada por la expresa referencia en la ley a «cuando varias son las víctimas de *un mismo hecho*». Estaríamos así frente a una regulación especial que por las reglas del concurso (principio de especialidad) dejaría sin aplicación al artículo 48° del Código Penal.

---

[447] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 110; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 153.

[448] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 133.

[449] Al respecto: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 657.

2. El tercer párrafo del artículo 111°

En los casos de la muerte por inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria el legislador ha impuesto la pena no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad.

a. La muerte resulta de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria

a.1. Significado

A diferencia de la agravante anterior, esta circunstancia se refiere no a la amplitud del daño producido (disvalor del resultado), que recae en una pluralidad de personas, sino que examina el contenido y clase de la inobservancia del deber objetivo de cuidado que se realiza (disvalor de la acción).

A la ley no le importa expresamente aquí el daño producido, sino que construye la calificación basándose en la infracción de particulares deberes: los que cada profesión u oficio impone a sus agremiados. Se trata de un caso de imprudencia profesional[450].

Esta clase de imprudencia se caracteriza por el déficit de conocimientos técnicos o la defectuosa aplicación de los mismos[451]. Se incluye aquí a la impericia[452]. Los profesionales, o las personas que ejercen una ocupación o industria, infringen normas técnicas, propias de su actividad[453]. Uno de los ámbitos de aplicación más importantes es el de los profesionales sanitarios[454].

---

[450] Vide ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., pp. 44 y ss.

[451] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 115; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 56.

[452] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 156.

[453] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 49.

[454] Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 51; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p.

El mayor castigo de la imprudencia profesional se basaría en el hecho que los que pertenecen a una profesión, actividad o industria tienen establecido un deber objetivo de cuidado en normas técnicas o debido a que la dedicación a dichas actividades hace que se presuma su calificación, competencia y mayor experiencia[455] para controlar los riesgos que aparecen del desarrollo de una determinada actividad. La sociedad y el Estado confían en mayor medida en ellos[456].

El legislador acude en este ámbito a criterios preventivo-especiales[457] para agravar la pena en casos de imprudencia por la infracción de las reglas técnicas de la profesión, ocupación o industria. Se sostiene que cuando el autor es un profesional se puede acudir a una medida de seguridad que lo aparte de manera preventiva de su profesión o actividad[458]. Asimismo, se apunta que la inhabilitación implica una pena en razón de la mayor gravedad al hecho que se impone sobre la base de la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o actividad[459].

La existencia de esta circunstancia no quiere decir que siempre el homicidio cometido por un profesional va a ser tratado como circunstancia agravante[460]. Para que ello ocurra debe primero verificarse no la

---

158. La jurisprudencia penal peruana ha encontrado responsabilidad a la obstetriz que no atendió con la debida urgencia a una mujer parturienta al no derivarla de modo inmediata a otro hospital lo que causó que la paciente alumbrara «*una niña que falleció a los cuarenticinco minutos por complicaciones evidentemente generadas por la injustificada demora en atender su servicio de parto no obstante el manifiesto sufrimiento fetal de la menor agraviada como lo informa el certificado médico*»; vide el Exp. Nº 1682-98 del 11 de septiembre de 1998. Asimismo, se condenó al médico que sometió: «*a una operación de cirugía a un paciente que padecía de cirrosis hepática, enfermedad que no fue detectada por el procesado al no haber adoptado las medidas necesaria e imprescindible exigidas en este tipo de operaciones*»; vide Exp. Nº 6095-97 del 7 de enero de 1998, ponente: Saquicuray Sánchez.

455 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 126.

456 Vide ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 45; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 133.

457 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 115; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 51.

458 Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335.

459 Cfr. RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 551.

460 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 49; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 73.

condición de profesional, sino la infracción de un deber objetivo de cuidado vinculado a la actividad profesional, a la industria o al desempeño de un oficio.

b. Las reglas técnicas

Las reglas técnicas son aquellas prescripciones, jurídicas o no, que regulan una determinada actividad económica, social o profesional. Precisan las precauciones que se deben asumir para iniciar la ejecución de una conducta, los cuidados que se han de brindar en el desarrollo de una actividad o el control que se debe ejercer sobre un sector del tráfico en específico.

Se entiende que las reglas técnicas buscan evitar, mediante su cumplimiento, la creación de un peligro, o que se controle uno ya existente que, por la naturaleza y utilidad social del mismo, no se puede prescindir.

Al Derecho penal no le interesa cualquier regla técnica, como su ámbito de aplicación y contenido, sino solo aquellas que busquen evitar o controlar riesgos que puedan lesionar bienes jurídicos. En suma: son regulaciones que buscan mantener una actividad social determinada dentro de los parámetros del riesgo permitido.

c. Origen de las reglas técnicas

La procedencia de las reglas técnicas puede ser variada, dado que puede provenir tanto del Estado como de las regulaciones provenientes de una agremiación privada o una corporación supranacional.

No es necesario tampoco que ella se encuentre fijada en una norma escrita. Puede tratarse de un principio o regla de la experiencia que se extiende en un determinado sector del tráfico. Si bien es cierto que en la determinación de una regla técnica no encierra mayor problema el hecho de su procedencia u origen, lo cierto es que su grado de coercibilidad (o su mayor o menor cumplimiento) depende del respaldo estatal que reciba ya sea por ser una norma emitida por el propio Estado, por constituir una norma reconocida en el ámbito administrativo o por ser un criterio jurisprudencial plenamente asentado.

En todo caso, la idea directriz de la regla técnica es que permite desempeñar mejor una actividad, ya sea de manera eficiente o, en lo que aquí nos interesa, busca evitar determinados peligros o, en todo caso si estos existen, su vigencia se orienta a su dosificación y control.

d. El reconocimiento y vigencia de la regla técnica

Una de las características de las reglas técnicas es su **vigencia** en el ámbito social o en el sector del tráfico correspondiente, además del **reconocimiento** que se tiene de ellas para la realización eficaz de una actividad o para el control del riesgo que puede afectar a ciertos bienes jurídicos.

El grado de reconocimiento o el consenso respecto a la necesidad de su observación suele ser un valioso indicador de a la comisión de una imprudencia grave. Mientras mayor sea la aceptación de una regla técnica mayor prueba que se ha cometido la clase de imprudencia penada por la ley.

Sin embargo, no resulta claro cuál debe ser el tratamiento jurídico, y su calificación (o no) como imprudencia grave, si nos enfrentamos al caso de una norma técnica que se encuentra deslegitimada, o es discutible, en cuanto a su idoneidad para impedir peligros. Dudamos que en este caso sea correcto plantear imprudencia grave, pues lo que se discute aquí es la existencia misma de la conducta culposa en sí.

Resulta indispensable que el juez, cuando se encuentre frente a la duda de la utilidad o el grado de eficacia de la regla técnica, acuda a la **opinión de expertos o de peritos especializados** para que ilustren su parecer y pueda decidir con mayor justicia.

e. La naturaleza mudable de la regla técnica

La utilidad y la capacidad de rendimiento de una regla técnica no se contempla desde el punto de vista puramente abstracto o de la simple referencia a un supuesto valor que ella puede brindar o facilitar. Es necesario comprobar en la praxis y en el campo concreto su verdadera eficacia.

La experiencia demuestra que el avance de la técnica o la complejidad de una actividad determinan que una regla técnica, válida para un determinado tiempo y espacio, pierda su valor con el paso del tiempo o el progreso de la ciencia o la técnica, volviéndose obsoleta.

Ocurre, incluso, que la verdadera imprudencia sucede cuando se observa de manera literal o con extremado celo una regla de esta naturaleza. El caso en concreto demuestra que la verdadera prudencia y el cuidado debido reside en su infracción. No es raro, por ejemplo, que un médico acepte una regla de tratamiento extendida en los especialistas de la materia y además sea consciente de su inidoneidad respecto a otra técnica que él conoce pero que rehúsa a aplicarla.

Esto último nos hace ver que la ley, sino parte de una presunción falsa lo hace de una premisa sumamente discutible: *considera que toda regla técnica de una profesión, industria u ocupación es la regla perfecta o la norma correcta*. No es difícil demostrar el sofisma de ese punto de partida.

f. Crítica a la consagración de las reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria como criterio rector[461]

La censura que se plantea en este ámbito es diversa.

En principio se parte de una **concepción formal de la sociedad**, y en especial de las normas de cuidado, pues se considera que únicamente el cumplimiento de ciertas reglas puede determinar no solo lo objetivamente cuidadoso, sino la existencia de una conducta punible (imprudencia). Se llega a sostener, en una clara ficción jurídica, que solo lo que es una regla «técnica» contiene una conducta prudente. Y todo lo que se opone a ella y a su vigencia es una conducta descuidada y temeraria.

Se parte, además, de una **visión abstracta y abiertamente genérica de la norma de cuidado**, porque se excluye la posibilidad de un examen en concreto tan necesario en estos casos. Se pasa por alto, incluso, el hecho que puede ser justamente el cumplimiento de la regla

[461] Se muestra a favor de la regulación de la imprudencia profesional: ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala praxis profesional», cit., p. 46.

técnica lo que causa los accidentes o las muertes. El legislador llega a sostener que una conducta contra las normas, pero adecuada según las circunstancias, es una conducta reprochable penalmente, aun cuando con ello se logre salvar vidas humanas.

Aquí habría un desvalor de la acción, pese a que el sentido común y el caso concreto nos dicen todo lo contrario. La previsión legislativa, en todo caso, tendría sentido si viviéramos en la sociedad ideal en donde toda regla técnica que existe es una regla perfecta.

Por otro lado, el legislador cree que sea cual fuere la actividad humana peligrosa siempre habrá una «regla técnica». Incurre con ello en una **falacia por falsa generalización**. No se pondera que en los casos en donde la actividad es sumamente peligrosa, por lo pionero o avanzado del área o actividad como investigaciones o experimentos científicos, no es posible encontrar todavía una regla técnica. ¿Acaso alguien dudaría aquí que aun faltando esta regla puede haber culpa grave?

Se incurre además en una **visión estática de las normas de cuidado**. Se cree, al menos así parece presumirlo el legislador, que las normas de cuidado tienen una vigencia ilimitada o inmutable en el tiempo[462]. Se deja de lado el vertiginoso avance científico y técnico de la sociedad contemporánea que va continuamente mudando no solo aparatos o procedimientos obsoletos, sino también las reglas técnicas y las normas de cuidado[463].

¿Qué sucedería si la norma técnica ha cambiado y se tienen nuevas medidas de seguridad a modo experimental y por ello se produce un desastre? ¿Qué norma técnica se ha infringido, la antigua o la nueva? En todo caso pareciera que con una regulación de esta índole se estaría vedando el progreso humano en el campo científico o tecnológico y en muchas áreas más, pues o bien se prohibiría el cambio de

---

[462] Vide SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., pp. 174 y 175.

[463] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 530; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541; FIORE/FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Vol. I, p. 253.

reglas de cuidado o se estaría castigando por imprudencia grave todas las consecuencias trágicas que se susciten por la modificación de las mismas.

Asimismo, se da por descontado, y he aquí uno de los mayores errores de la regulación en comentario, que cualquier riesgo que supere las reglas técnicas es motivo suficiente para estimar una imprudencia grave, cuando solo se trata de un indicio. Empero, nada obsta a que estemos solo ante un peligro insignificante, el cual por más que se concrete en un resultado no puede fundar la responsabilidad penal.

El legislador considera, al menos así lo deja entrever, que **toda inobservancia a las reglas técnicas crea un peligro elevado contra el bien jurídico** cuando esto no es así, dado que es posible que se trate no solo de un peligro mínimo, sino que la norma de cuidado, propia de la profesión, industria u oficio, puede, además, que no sea esencial ni relevante para la protección del bien jurídico. Se recuerda que es el órgano judicial quien fija el alcance de la regla técnica en última instancia, ponderando su aplicación o no al caso concreto[464].

El legislador considera, incorrectamente por cierto, que la infracción de una norma técnica supone siempre la creación de un riesgo típicamente relevante, pese a que no siempre un riesgo creado implica que se realizará en el resultado.

Se postula que la regulación de la imprudencia profesional es altamente discutible y que su compatibilidad con el principio de culpabilidad es dudosa[465]. Desde el punto de vista jurisprudencial solo se genera una doctrina dispersa carente de uniformidad que aplica la ley penal caso por caso[466], sin pautas generales de valoración.

---

[464] Vide SCHÜNEMANN, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», cit., p. 173.

[465] Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 335; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 156; GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 371. En contra expresamente: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 49.

[466] Cfr. GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 371.

Un sector importante de la doctrina penal comparada plantea la desaparición de la imprudencia profesional ya que carece de perfil propio e intrínseco que permita distinguirla de la imprudencia común[467].

g. ¿La circunstancia agravante de la violación de reglas técnicas infringe la prohibición de responsabilidad objetiva: artículo VII del Título Preliminar del Código Penal?

No es descabellado plantear, como hace un sector importante de la dogmática penal española[468], que con una regulación como la contenida en el párrafo segundo del artículo 111° del Código Penal se está consagrando subrepticiamente un *vestigio del versari in re illicita* o un rezago de responsabilidad objetiva, dado que se impone una sanción automática a quien comete un delito (homicidio) en el ejercicio de su actividad y en su condición de profesional o miembro de una ocupación u oficio.

Pareciera que con esta clase de normas el legislador está partiendo del absurdo que ninguna persona que tiene profesión, oficio o industria puede cometer delitos, porque de ser así automáticamente se estaría aplicando la calificación por imprudencia grave.

Si un médico se equivoca en una intervención quirúrgica y produce una muerte, se debería aplicar, sin más, la agravante. No se tiene a la vista que el único modo que el médico cometa un delito (homicidio) en el sector del tráfico al que pertenece (medicina) es justamente incumpliendo el deber objetivo de cuidado inherente a su profesión y no de otra manera.

Creemos, que una regulación de esta clase infringe el principio del *non bis in idem*, el cual impide apreciar dos veces el mismo hecho; y

---

[467] Por todos, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157; GARCÍA RIVAS, «La imprudencia profesional: Una especie a extinguir», cit., p. 384.

[468] Para el caso de la culpa o imprudencia profesional: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., T. II, pp. 177 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 157 y ss.

que en el caso en estudio queda patentizado en que la inobservancia de la *lex artis* sirve tanto para la tipicidad del tipo básico y al mismo tiempo es utilizado para aplicar la agravante respectiva. No es ocioso repetir que la única forma que un profesional que detenta una ocupación (chofer), o industria (fabricante de armas), realice un delito en el sector del tráfico al que pertenece, sería justamente infringiendo las reglas técnicas de su profesión, ocupación y oficio.

Por ello, creemos que no hay razón para mantener la regulación de la imprudencia grave en su segunda modalidad, la cual deberá desaparecer en una futura reforma legislativa. La infracción del deber objetivo, a manera de vulneración de reglas técnicas, debe dar lugar, en el mejor de los casos, a una responsabilidad penal por el tipo básico, pero no a una calificación a título de imprudencia grave.

Empero, además, es necesario que se compruebe en concreto que con la observación de la norma técnica se hubiera cumplido con observar el cuidado debido y se hubiera evitado la lesión al bien jurídico. De no ser así ni siquiera es correcto estimar una imprudencia típica básica.

3. Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho

En los casos de pluralidad de víctimas, el legislador ha impuesto la sanción no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad.

Una interpretación teleológica y sistemática de la norma, a fin evitar la repetición en la aplicación de la circunstancia agravante idéntica, contenida en el párrafo segundo del artículo 111°, lleva a sostener que la producción plural de víctimas fatales sea consecuencia justamente de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria.

No es suficiente constatar la pluralidad de víctimas. Es indispensable acreditar que dicha pluralidad de víctimas tiene un origen determinado: *la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria.*

VI. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Uno de los supuestos de mayor dilema práctico es determinar el tratamiento jurídico de los casos de homicidio preterintencional. Sin embargo, debe precisarse que la preterintención no es un problema estrictamente del homicidio, sino de gran parte de los delitos de resultado.

1. Definición y clases

Hay preterintención cuando el dolo del sujeto es superado por el resultado producido, habiendo una divergencia entre el aspecto objetivo y subjetivo, y en donde el plus (*effectum*) va más allá (*praeter*) de la intención[469].

La doctrina distinguía como clases de preteritención entre una **preteritención homogénea** y la **preteritención heterogénea**.

La primera posee la característica de afectar un mismo bien jurídico en una línea progresiva o en una escala gradual. Un ejemplo de ello puede ser una lesión grave que se generaba a partir de una lesión leve. La segunda, por su parte, implica la afectación a un bien jurídico distinto y, por tanto, supone la realización de un tipo de injusto diverso al acto inicial. El homicidio preterintencional pertenece a esta segunda clasificación.

Hoy en día se acepta, sin mayor discusión, que la preterintención supone una conducta dolosa inicial, la cual provoca un resultado que no se encuentra abarcado por el dolo, pero que por lo menos debe ser imprudente.

No hay preterintención cuando habiendo una acción dolosa inicial el resultado es fortuito[470], no es abarcado por el ámbito de protec-

---

[469] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Preterintencionalidad y otras cuestiones de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, pp. 61 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 158.

[470] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 161.

ción de la norma o está fuera del alcance del tipo[471]. De no ser así se estaría filtrando subrepticiamente una forma de responsabilidad objetiva. Si el resultado (muerte) se produce por el azar, por un accidente o por negligencia de la víctima no estamos frente a un caso de preterintención, debiéndose castigar solo por el acto inicial doloso quedando el sujeto liberado de la responsabilidad de la consecuencia (muerte) ulteriormente producida.

El dolo de la lesión inicial puede ser directo, ya sea de primer o segundo grado, o puede tratarse de un dolo eventual. No hay preterintención cuando el resultado que causa la conducta dolosa es también abarcado por el dolo. Por ello, no habrá homicidio preterintencional si concurre el dolo, sea directo o eventual, respecto al resultado muerte[472].

La preterintención trae un requisito lógico implícito: que el resultado no debe ser querido (dolo directo) ni ser tomado como un conocimiento de la capacidad lesiva concreta de la acción (dolo eventual), aunque nada obsta a que sea compatible con la culpa consciente e incluso con una forma de previsibilidad que le es inherente. La preterintención no es incompatible con la previsión del resultado.

El homicidio preterintencional se caracteriza por que el bien jurídico afectado por la conducta inicial dolosa (lesiones) y producido más allá de la intención del sujeto (muerte) está en una misma línea de ataque (salud/vida)[473].

Puede plantearse, además, dentro del homicidio preterintencional una doble exigencia: por un lado, un requisito positivo consistente en el dolo de causar un daño a la salud, que da lugar al delito de lesiones,

---

[471] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 155; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 160.

[472] Cfr. MIR PUIG, «La preterintencionalidad y límites del artículo 50º del Código Penal», cit., p. 335; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 158.

[473] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

y por el otro, un requisito negativo por el cual debe quedar excluído el dolo de homicidio[474].

No hay homicidio preterintencional cuando existe una imprudencia grave, como conducta inicial, y luego de un tiempo recién sobreviene la muerte. En estos casos nos seguimos moviendo dentro del homicidio imprudente.

En el análisis de esta clase de homicidio cobra mucha importancia la característica o contundencia del medio empleado que, como en todo homicidio, permite averiguar si la intención del sujeto residió en causar la muerte directamente o solo provocar una lesión. También debe tenerse el modo del ataque y, principalmente, el lugar del cuerpo donde se asesta el golpe.

2. Requisitos

El primer problema que se plantea en el homicidio preterintencional, en los supuestos prácticos más frecuentes, es si debe requerirse cualquier clase de lesión o si incluso puede cometerse por un maltrato de obra (artículo 442°)[475]. Aunque el tema todavía no ha sido tratado con suficiente atención en nuestra doctrina, creemos necesario pronunciarnos a favor de la tesis que la lesión inicial debe tratarse de un daño al cuerpo o la salud (lesiones) por lo menos *leve*, más allá del dato formal de si la lesión constituye delito o falta[476].

---

[474] Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV; p. 144.

[475] Vide MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42.

[476] No creemos correcto la sistemática legislativa asumida por el legislador peruano de regular la penalidad de las lesiones en base a las, muy ilustrativamente llamadas, «tarifas de sangre», que se fundan en el tiempo de asistencia o de descanso médico que reciba la víctima del médico-legista». Pues en ocasiones una lesión anatómicamente grave se hace pasar como leve y viceversa. El criterio de los días de descanso o de asistencia facultativa más que atender a la gravedad del daño causado o a las consecuencias de las lesiones tienen en cuenta otros factores coyunturales como la causa de las lesiones v.g. si son producto de una pelea o de un robo tiende a exagerarlas; puntos de vista que nada tienen que ver con la naturaleza del bien jurídico y que se alejan del sentido de la exclusiva tutela a la integridad corporal. Creemos que, como muchas otras, esta es una cuestión pendiente en una reforma legislativa futura.

El juez debe valorar con la ayuda de los peritos la gravedad y magnitud de las lesiones, como la posibilidad que de ellas se pueda generar la muerte[477].

Un riesgo insignificante (consecuencia de una lesión dolosa levísima) no puede generar homicidio preterintencional, pues no se trata de una acción idónea para causar la muerte y objetivamente no es una acción que crea un peligro irrelevante para producirla. Y aun cuando esta se dé, debe excluirse del ámbito del homicidio preterintencional y, de ser el caso, del homicidio en general[478]. Aquí solo es conveniente castigar por lesiones dolosas[479].

Una lesión dolosa, por el solo hecho de ser tal o por ser un comportamiento ilícito, no es condición suficiente para estimar la figura *sub examine*. Se precisa, además, de una cierta **entidad de la lesión**, la cual debe crear un riego mínimamente razonable para la pédida de la vida. El peligro creado por la lesión desde una perspectiva ex ante debe tener por lo menos la posibilidad de realizarse en el tipo.

Por ello, puede afirmarse que el riesgo del homicidio preteritencional es el mismo riesgo típico para la vida que el del homicidio culposo, con la salvedad que la acción que lo causa es una conducta dolosa. En el homicidio preteritencional no se deben abandonar las reglas de la imputación objetiva del resultado, en especial las que inspiran al delito culposo (*ut infra*), pues aquí es donde despliegan una de sus principales utilidades y consecuencias favorables para la práctica.

No se admite el homicidio preterintencional de un **maltrato de obra**, que según el art. 442° del Código Penal no es lesión, pues no se crea un riesgo típicamente relevante para la producción de la muerte[480]. En el supuesto más común del **leve empujón** que produce una caída lamentable y como consecuencia de ello la muerte, o del empujón que se da al

---

[477] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 160.

[478] De otra opinión: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42. En sentido semejante, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 161.

[479] Cfr. JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 407.

[480] En contra: GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 160.

filo de una calzada y produce la muerte al ser arrollado el peatón por un automóvil, puede estimarse directamente, en el mejor de los casos y luego de un análisis de las circunstancias[481], homicidio culposo y no homicidio preterintencional, si se comprueba que según el contexto situacional se ha infringido gravemente el deber objetivo de cuidado.

Si no se demuestra la imputación objetiva entre los malos tratos y la muerte producida, que da lugar a la calificación de homicidio imprudente, debe solo sancionarse por la figura del artículo 442° si es que no se quiere imponer una sanción sobre la base de la más pura responsabilidad objetiva del resultado, rezago versarista que no acepta nuestro Código Penal y que nuestra jurisprudencia ha abandonado hace tiempo.

3. Tratamiento jurídico

A pesar de muchas objeciones y reticencias hoy se acepta que el tratamiento jurídico correcto del homicidio preterintencional resulta de la aplicación de las reglas del **concurso ideal de delitos**[482], regulado en el artículo 48° de nuestro Código Penal, dado que se trata de una sola acción que realiza la descripción típica de varias figuras penales, como son, en este caso, el delito de lesiones (consumadas o tentadas), y el homicidio culposo. El hecho inicial doloso no queda consumido por la imprudencia, al tratarse de injustos distintos[483].

No se trata ni de un concurso medial de delitos, pues el dolo nunca puede ser un medio para realizar una acción o resultado imprudente, ni de un concurso real de delitos, toda vez que no hay dos acciones, como se requiere, sino una sola conducta que realiza dos tipos penales distintos[484].

---

481 Vide las atinadas obervaciones de GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 162.

482 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 159; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 160; JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 406.

483 Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 159 y ss.

484 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 160; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 159; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42.

Cabe preguntar si puede haber un concurso ideal entre una falta de lesiones y el delito de homicidio culposo; más aún cuando el artículo 48° del Código Penal al regular el concurso ideal de delitos hace referencia a «varias disposiciones son aplicables al mismo hecho». Por nuestra parte, creemos que sí, dado que nada se opone a interpretar la referencia a *varias disposiciones* como referidas tanto a delitos como a faltas.

Las lesiones que dan lugar al homicidio preterintencional suelen ser, por lo común, consumadas, pudiéndose constatar el daño a la integridad corporal y a la salud. Sin embargo, no puede negarse la posibilidad que las lesiones se encuentren solo tentadas[485], fundamentalmente cuando el resultado sobreviene inmediatamente a las lesiones y no se ha dejado huella orgánica de su producción. Aunque algunos autores suelen estimar la presencia de un delito imprudente[486], sin más, no hay problema a nuestro entender para seguir alegando un concurso ideal.

Entre la producción de las lesiones y la muerte en los casos más frecuentes existe una **diferencia** o **separación temporal**. No existe tampoco inconveniente alguno para que concurran en un mismo tiempo y pueda estimarse el aludido concurso ideal[487].

---

[485] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 163.

[486] De esta modo se pronuncian en el derecho español: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 51, quienes solo apelan al concurso de delitos cuando hay una diferencia temporal entre la lesión y la producción de la muerte; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 51, al afirmar que «si fuera materialmente imposible precisar la gravedad de las lesiones, no quedará otra solución que la de calificar homicidio imprudente». SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 28 y ss., quien sostiene: «En casos de duda, en los que no se puede especificar las lesiones o si no hubo clara intención de lesionar, mediante una agresión física, habrá que condenar por homicidio imprudente en base al principio *in dubio pro reo*». Creemos que la dificultad probatoria no merma para nada el planteamiento que sostiene seguir manteniendo la calificación de concurso ideal entre homicidio culposo y el delito de lesiones sean consumadas o frustradas.

[487] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 163.

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

De manera abiertamente mayoritaria[488], se considera que en el delito culposo se emplea un concepto unitario de autor[489], por lo que es inútil preguntarse quién es autor o partícipe[490]. Se descarta tanto la participación imprudente en un delito imprudente, la participación dolosa en un hecho imprudente como la participación imprudente en un hecho doloso[491].

Esta situación difiere del concepto de autor que se acoge en el delito doloso en donde prevalece un concepto restrictivo de autor que permite elaborar una distinción entre autores y partícipes.

En nuestra legislación se acoge esta opinión mayoritaria.

En el delito imprudente, y en el homicidio de esta índole, se acepta la vigencia de un sistema unitario de autor en el que todo aquel que infringe el deber objetivo de cuidado, y crea un riesgo jurídicamente relevante, es autor individual y debe responder como tal. Todo aquel que infrinja el mencionado deber de cuidado, desde una perspectiva ex ante, y contribuya con un aporte relevante al resultado, será autor del delito culposo.

Pese a que es posible plantearse una distinción entre autores y partícipes, que los separe según el peso de su contribución objetiva al hecho, dicha concepción resulta inviable[492]. Más todavía si nuestra legislación,

---

[488] Sin embargo, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 617, reconoce la posibilidad de participación en casos de imprudencia consciente. Reconoce la participación dolosa en el delito imprudente en la doctrina nacional: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 182.

[489] Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda.

[490] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/78, p. 528; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 49. Consideran que la participación en el delito imprudente es imposible: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 72.

[491] Por todos, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 42/39, p. 127; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 125.

[492] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/78, p. 528.

cuando regula las formas de participación criminal como la instigación (artículo 24°) y la complicidad (artículo 25°) al mencionar expresamente la necesidad de que concurra en ellas el dolo, está excluyendo, a contrario sensu, la posibilidad de castigar la participación culposa.

No puede ser otra la conclusión a la que nos conduce el legislador al menos en una interpretación *de lege lata*. Un criterio opuesto, de plantearse en la práctica, correría el riesgo de incurrir en una analogía que, por ampliar la punibilidad más allá del margen trazado por la ley, se encuentra completamente prohibida[493].

Debe quedar claro que así como no hay participación culposa en delito doloso, tampoco hay **participación culposa** en delito imprudente.

No creemos se pueda aceptar la posibilidad de que exista una participación dolosa (instigación o complicidad) en un delito de homicidio imprudente[494] y que esta sea punible; salvo que se compruebe que el hombre de atrás actúa dolosamente y tiene, además, el dominio del hecho, hipótesis en donde dejará de plantearse la participación para abrir paso a la autoría mediata.

Basamos nuestro criterio en la premisa lógico-normativa respecto a que si el legislador ha considerado imponer el requisito del dolo en la participación, no vemos por qué habría de ocurrir lo contrario en la autoría, más aún si se sabe que la autoría es una modalidad de intervención en el delito mucho más grave.

No se ve la razón de por qué el legislador ha puesto más restricciones en lo menos grave (participación) y no en lo más grave (autoría). Además, no se puede dejar de lado la consideración de que la teoría casi unánime en la actualidad (que explica la autoría) parte del planteamiento del dominio del hecho, la cual está muy lejos de ser una

---

[493] Al respecto: CASTILLO ALVA, *Principios del Derecho penal. Parte* general, cit., p. 141.

[494] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 735; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 406. En contra en la doctrina española: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 509.

formulación puramente objetiva de la aportación en el suceso, si no una construcción objetiva-subjetiva, en donde destaca el dolo como uno de sus elementos más importantes.

De seguirse el planteamiento contrario tendríamos una extensión desmesurada de la punibilidad, que es una consecuencia político-criminalmente indeseada que marcaría un distanciamiento del principio de intervención mínima del Derecho penal y llegaría a una grave consecuencia sistemática: la autoría mediata ya no sería útil, además de tornarse profundamente borrosa la diferencia que tiene con la participación dolosa en delito imprudente.

Consideramos que la impunidad de la participación dolosa en delito imprudente no afecta gravemente la conciencia jurídica de la población ni está justificada por razones preventivas, tanto generales como especiales. Su impunidad es por lo demás tolerable.

Creemos que si se distingue, como hace un sector de la doctrina, entre autoría mediata imprudente, coautoría imprudente[495] y autoría directa imprudente[496] se estaría abriendo la puerta y dando el primer paso para plantear la delimitación entre autoría y participación en el delito imprudente, cuestión que nuestro Derecho no acepta y que nosotros rechazamos.

Pese a lo dicho, no se puede dejar de reconocer que un sector calificado de la doctrina penal comparada acepta la participación en un delito imprudente. En efecto, se admite la participación dolosa en un delito imprudente[497] como cuando un sujeto *A* induce a un sujeto *B* a

---

[495] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 408. Aceptan la coautoría imprudente: HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 628. Este parece ser el criterio asumido por HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 737. En contra: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 72.

[496] Así, sin embargo, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 508.

[497] Vide MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 180. En contra: HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 629.

conducir a excesiva velocidad. Se señala que en estos casos «*se da un dolo de participar y el dolo de que el autor realice el hecho principal*»[498]. Solo se requiere que la participación sea consciente. La razón principal para aceptar este punto de vista es que en algunas legislaciones, como la española, el Código Penal no exige el *dolo del autor para sancionarlo*, sino que solo la participación sea dolosa[499].

Con todo, se reconoce la problemática respecto a la participación imprudente en delito doloso, que no puede ser resuelto mecánicamente acudiendo a la prohibición de regreso o al principio de autoresponsabilidad, y los casos de participación por imprudencia inconsciente en delito imprudente[500].

VIII. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

1. La no punición de la tentativa imprudente

Pese a que en el plano ontológico puede plantearse la existencia de una tentativa imprudente[501], sobre la base de que toda acción, incluso la imprudente, tiene objetivamente un principio de ejecución; desde el punto de vista normativo, y peor aún desde nuestra legislación, es inobjetable que ella no sea punible[502].

---

[498] Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 107. En la doctrina nacional: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 180.

[499] Vide SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., pp. 108 y ss.

[500] Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», cit., p. 107. Lo admite *de lege ferenda* en la doctrina nacional: MAZUELOS COELLO, «El delito imprudente en el Código Penal peruano», cit., p. 183.

[501] Vide, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/27, p. 395: «No existe ningún dogma que impida punir la tentativa imprudente ni siquiera de lege ferenda». En la doctrina nacional: ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., pp. 286 y ss. Lo descarta: DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 636; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 163; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 72; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., cit., p. 98.

[502] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., pp. 716 y 734; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 406; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Co-*

La razón de naturaleza legal que excluye la sanción de la tentativa en el delito culposo se encuentra en el artículo 16° del Código Penal que prescribe: «*En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo*». La referencia al término que *decidió cometer* importa la restricción del ámbito de significado de la tentativa al dolo[503], ya sea directo o eventual, y que como es lógico marca la exclusión de la tentativa culposa.

En la imprudencia, el sujeto no decide ni quiere la comisión del hecho. Obra simplemente con una falta de atención, sobrevalora sus fuerzas, o no valora el peligro convenientemente.

En cambio, cuando el autor decide cometer el delito su actuar es plenamente consciente, dirigiéndose a conseguir un determinado resultado, lo cual es incompatible con el obrar descuidado o negligente de la culpa. Por ello, si se interpreta la fórmula del *decidir cometer* como referido al dolo, la única interpretación posible y, por tanto correcta, ha de terminar excluyendo a la tentativa culposa del artículo 16°[504].

El injusto en el delito doloso se configura con la tentativa: el inicio de ejecución de la acción típica, mientras que el injusto del delito imprudente por no necesitar tentativa puede comenzar mucho antes[505], v. gr. la construcción de manera contraria a la técnica de un vehículo o un edificio, recién trae consecuencias nefastas después de unos años.

---

mentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán, cit., N° 96, p. 108. También: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/27; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 335 y 395; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 617, aceptan la posibilidad de tentativa en los casos de imprudencia consciente; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 598; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 538 quienes aluden que la tentativa en la imprudencia es un monstruo lógico.

[503] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 42/38, p. 127.

[504] Cfr. DE FIGUEIREDO DÍAS, *Direito penal. Parte general*, cit., T. I, p. 636. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 9/27, p. 395, considera que dogmáticamente sería posible la punición de todas las tentativas imprudentes.

[505] Cfr. HIRSCH, «La antijuridicidad del delito culposo», cit., p. 59.

2. El resultado en la imprudencia. Su papel en la consumación y en el injusto

Si no existe un resultado en los delitos culposos no habrá la correspondiente punibilidad del comportamiento. El simple inicio de la acción y la inobservancia del deber objetivo de cuidado no generan aún responsabilidad penal[506].

El disvalor de la acción, pese a que desempeña un rol protagónico en los delitos imprudentes, más todavía en el homicidio, no es suficiente para fundar la punición, a diferencia de lo que sucede en el delito doloso. El resultado no solo completa el injusto penal en el delito imprudente sino además determina la punición del mismo. Sin resultado puede haber reproche moral o una sanción civil o administrativa, pero no penal, salvo que se trate de un delito culposo de actividad o de peligro.

3. Las propuestas político-criminales de la punición de las tentativas imprudentes

En el Derecho comparado se sostiene que la decisión legislativa de dejar sin castigo comportamientos peligros que rebasan, incluso, de manera elevada, el riesgo permitido es una postura político-criminal, entre varias propuestas existentes[507]. No se trata del único camino, pero sí de una elección razonable.

Sin embargo, dicha posición se ve flexibilizada de manera drástica al observar la paulatina proliferación e incremento de delitos de peligro abstracto o concreto[508] –en especial en el tráfico vial, medio am-

---

[506] Vide la sentencia expedida por la Quinta Sala de Reos Libres de la Corte Superior de Lima recaída en el Exp. Nº 1105-2003, del 19 de octubre de 2007, caso Mesa Redonda, el considerando cuadragésimo sexto.

[507] ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 96, p. 108, considera que se trata de una *arbitrariedad legislativa* dejar sin sanción las acciones antijurídicas que no acarrean consecuencias.

[508] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/61, p. 520; KAUFMANN, «El delito culposo», cit., p. 472; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 165.

biente, entre otros sectores– que revelan materialmente la sanción de las tentativas imprudentes especialmente peligrosas[509].

También se recuerda la posibilidad de que las conductas imprudentes –al margen del resultado– pueden ser castigadas con sanciones menores por otras ramas jurídicas como las sanciones administrativas[510], disciplinarias, las que se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico[511], v. gr. conducir a excesiva velocidad, pasarse un semáforo en rojo, etc.

[509] Vide ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los artículos 15º y 16º del Código Penal alemán*, cit., N° 96, p. 109. Con reparos: STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 15/61, p. 521.

[510] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 321; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 601; RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 60.

[511] Vide MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 210.

CAPÍTULO VIII
HOMICIDIO A PETICIÓN

Artículo 112°.-

«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».

I. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

La regulación del homicidio a petición es completamente nueva en nuestro derecho positivo. No registra antecedentes inmediatos en la legislación penal de 1924[1], el cual no contenía ninguna figura atenuada del homicidio a petición, o del mal llamado homicidio piadoso, pese a que se seguía de cerca el modelo del Código Penal suizo que sí adoptaba dicha regulación. El legislador suizo recogió a su vez el homicidio a petición tanto en los proyectos de 1908, 1916 y 1918[2].

En el Derecho comparado son numerosas las legislaciones que recogen la figura penal del homicidio a petición. Sin embargo, la formulación típica varía de país a país y no siempre presenta las mismas características.

En el Perú, en el ámbito doctrinal, se propuso una regulación particular del homicidio a petición. Dicha labor fue emprendida por el Dr.

---

1 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 247.

2 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 135.

LUIS ROY FREYRE quien planteó su fórmula legislativa señalando que: «*El que por un móvil de piedad matare a otro con el objeto de poner fin a graves padecimientos reputados como científicamente incurables, se le impondrá pena de prisión no menor de un año ni mayor de tres*». La introducción de la figura del homicidio a petición se realizó por primera vez en el Proyecto de Código Penal de 1985[3].

La mayor parte de legislaciones del mundo condenan la eutanasia. La razón que inspira reside en la vigencia de la ética judeo-cristiana[4]. Ningún país de nuestra órbita cultural deja sin castigo el homicidio a petición o con el consentimiento de la persona. Solo se aprecia la concurrencia de circunstancias atenuantes o de causas de justificación incompletas, v. gr. estado de necesidad[5].

II. CONCEPTO

La palabra eutanasia proviene del griego *eu* que significa bien o bueno; y *thanatos* que significa muerte. Históricamente se ha entendido a la eutanasia como la buena muerte, esto es, la muerte suave y sin dolor[6]. En la actualidad constituye uno de los principales desafíos ético-jurídicos junto al aborto y la experimentación genética[7].

En la doctrina médica y jurídica se reconoce la falta de consenso y la inseguridad conceptual sobre la definición de la eutanasia[8]. Su significado original se ha ido progresivamente ampliando a otros supuestos[9].

---

[3] Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 246.

[4] Cfr. GONZALVEZ, François, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 169.

[5] Ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Ceura, 2003, Vol. I, p. 269, quien ofrece el panorama legislativo europeo.

[6] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 420.

[7] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 95.

[8] Cfr. ESER, Albin, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», en *Estudios de Derecho penal médico*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2001, p. 166; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 60.

[9] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 83; ROMEO CASABONA,

Sin embargo, de manera general, se entiende por eutanasia la producción de la muerte sin sufrimientos (físicos o morales) realizada por razones humanitarias a requerimiento del interesado, quien sufre una enfermedad incurable o una enfermedad irreversible, según el estado actual de la ciencia médica, y que desea poner fin a sus sufrimientos[10]. La eutanasia busca facilitar una muerte humanamente digna a una persona[11]. Se la define también como el comportamiento que de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y/o afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la **producción, anticipación o no aplazamiento** de la muerte del afectado[12].

Es indiferente si se trata de conducta activa o pasiva, si estamos ante una enfermedad física o psíquica o de si la causa es una enfermedad o un accidente[13]. Asimismo, se incluyen aquí las situaciones en las que la persona no puede manifestar su voluntad o no puede ser tenida en cuenta por cualquier motivo.

Se distingue entre eutanasia en sentido amplio y eutanasia en sentido estricto[14]. En un *sentido amplio* se entiende por eutanasia el

---

El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, cit., p. 420; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 138. La doctrina viene advirtiendo acerca del *peligro de los pasos sucesivos*, junto al llamado riesgo del tobogán, que amplía cada vez los supuestos eutánasicos que puede llegar a desencadenar la asunción de aspectos sumamente críticos cercanos a tolerar los horrores cometidos por el nacionalsocialismo.

[10] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 121.

[11] Cfr. ROXIN, Claus, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», trad. Miguel Olmedo Cardenete, en ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 3.

[12] Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 226; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 33.

[13] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 205; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95.

[14] Vide también la definición aportada en BARQUÍN SANZ, Jesús, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 156.

hecho de colaborar con la muerte de una persona que podría vivir por más tiempo, pero que quiere poner fin a su vida –real o presuntamente– ya que le resulta insoportable a causa de una enfermedad. En *sentido estricto*, comprende la ayuda suministrada después del inicio del suceso mortal, por lo que la muerte es próxima, con o sin ayuda[15].

La doctrina comparada distingue también entre el *auxilio en la muerte* y el *auxilio para morir* o entre *la ayuda al morir* y *la ayuda en el morir*[16]. El auxilio en la muerte aparece en los casos donde solo se ayuda al buen morir al que está ya moribundo, aun cuando su muerte sea acelerada. Por su parte, el auxilio para morir se caracteriza por provocar de manera intencionada la muerte, ya sea para acelerar su proceso que está en marcha o para ayudar a morir a quien puede seguir viviendo[17].

La problemática actual de la eutanasia se relaciona en estricto con la determinación del contenido y los límites de la muerte digna[18].

Las características más importantes de la eutanasia son:

a. Existencia de una situación sanitaria desfavorable que debe ser grave y que genera a la persona condiciones existenciales particularmente difíciles.

b. Configuración de un conflicto individual[19] en el que ejerce un papel decisivo la voluntad del paciente o el interés del mismo. No hay relación alguna con intereses colectivos o sociales que posterguen o sustituyan la voluntad del paciente, v. gr., intereses económicos, eugenésicos y utilitarios.

---

[15] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., pp. 3 y ss.

[16] Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 47; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 104.

[17] Ampliamente: ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 166.

[18] Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 49; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40.

[19] Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

El respeto y la sujeción de todo tratamiento terapéutico a la voluntad del paciente viene a enfatizar la preeminencia de la autonomía de la voluntad sobre los deberes de curación y de protección del médico.

c. El inminente acaecimiento de la muerte del afectado puede generarse a través de tres consecuencias: la directa producción, el no aplazamiento o la anticipación de la muerte[20].

d. Intervención de un tercero (familiar, médico, profesional sanitario, allegado, etc.) que puede adoptar la forma de un comportamiento activo u omisivo[21]. Queda excluido de la definición de la eutanasia la muerte provocada por el propio afectado[22].

La eutanasia es uno de los temas más complejos, difíciles y polémicos del Derecho penal[23]. Ello responde a una serie de causas. En primer lugar, la noción de eutanasia se encuentra salpicada de diversas aristas y problemas de tipo médico[24], ético[25], social, teológico y filosófico que influyen y condicionan la discusión jurídica[26]; a ello se agrega el contenido altamente emocional de la discusión[27]. No solo hay una,

---

[20] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 229.

[21] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 205.

[22] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 229; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34.

[23] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 419; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 60; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 138.

[24] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 127.

[25] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 228; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 60; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 138; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 127.

[26] Cfr. KOCH, Hans-Georg, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 240; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 419; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 60.

[27] Cfr. STANGELAND, Per, «Aspectos sociológicos de la eutanasia en España», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 28.

sino una pluralidad de respuestas[28]. No se trata solo de un dilema que debe resolverse desde la perspectiva del Derecho penal; sin embargo, es necesario, frente a un problema de esta envergadura, preparar respuestas racionales, rigurosas y compatibles con la Constitución[29]. En segundo lugar, el tratamiento que ofrece el Código Penal respecto al homicidio a petición (artículo 112°) no constituye una regulación específica ni particular de la eutanasia. Solo constituye una regulación absolutamente parcial y limitada[30].

La discusión sobre la eutanasia no puede desvincularse de la referencia a los valores imperantes en un Estado de Derecho. Se excluyen juicios morales y valores metafísicos; de allí que se opte por un enfoque laico rechazando cualquier perjuicio (emocional, religioso o político) que sustituyan los valores constitucionales, jerárquicamente ordenados[31].

El planteamiento del problema de la eutanasia permite redescubrir y afianzar los grandes principios jurídicos atinentes a la protección de la persona y de la disponibilidad de la vida, tomando partido bien por una visión utilitarista o por una visión personalista del ser humano[32].

En tal sentido, si se opta por la visión personalista del ser humano necesariamente se debe concluir en el **principio de la indisponibilidad de la vida**[33] que cuenta con dos expresiones fundamentales: a) la licitud de la disponibilidad de la vida (suicidio) que se ejecuta por mano propia; b) la ilicitud de la disponibilidad de la vida que se realiza por acción de terceros (mano ajena)[34].

---

[28] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 119.

[29] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 93.

[30] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 4.

[31] Por todos, SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 119.

[32] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 83.

[33] Ibídem, p. 88.

[34] Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 170; MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 88.

La noción de eutanasia no coincide conceptualmente con la definición de suicidio[35]. La primera consiste en la aceleración del momento de la muerte como medio para aliviar el sufrimiento provocado por una enfermedad terminal o una minusvalía irreversible; mientras que el segundo se caracteriza por la **privación personal de la vida** ejecutada de manera violenta y voluntaria[36]. Se afirma que cuando el suicidio es directa o indirectamente asistido debe hablarse de eutanasia[37].

No obstante, desde la perspectiva del tratamiento jurídico-penal, ambos conceptos se asimilan, toda vez que en los dos casos hay la voluntad expresa de morir y privación de la vida, de tal forma que el género sería el suicidio y la especie la eutanasia[38].

Un sector de la doctrina distingue entre el suicidio y el homicidio a petición, encontrando la única diferencia en que la persecución del fin se realiza bien de propia mano o bien a través de la división de tareas[39]. En ambos casos hay una persona que ya no quiere vivir más.

La fenomenología y las posibilidades de comisión de la eutanasia es muy variada en la práctica. Tradicionalmente se identificaban los supuestos eutanásicos con el homicidio piadoso cometido en el seno del grupo familiar[40], en el que incumbe al pariente poner fin a una situación dolorosa de la persona que ama, y en donde la idea central no es tanto la enfermedad terminal, sino el sufrimiento grave por el que atraviesa el paciente. El autor ejecuta un acto de solidaridad, afecto y caridad. Es indiferente la forma y la modalidad de comisión.

Sin embargo, esa imagen desborda en la actualidad, en virtud del desarrollo y progreso tecnológico y de las concepciones sociales que

---

35 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 162.

36 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 427.

37 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 162.

38 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 427.

39 Vide JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conbde y Pastora García Álvarez, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 43.

40 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 175.

paulatinamente van cambiando las ideas de la vida y de la muerte. La eutanasia, fundamentalmente en los países desarrollados, ya no solo es un problema familiar que enfrenta a personas en las que media un intenso vínculo afectivo. Por ejemplo, en Estados Unidos menos del 20% de los pacientes de cáncer mueren en su casa[41]. Hoy ocupa un papel descollante el rol que le corresponde ejercer al médico[42] y al aparato sanitario, ya sea público o privado, con relación a decidir el inicio, la continuación o interrupción del tratamiento, el cual tiene una incidencia directa sobre la vida del paciente.

El problema deja de plantearse en la órbita estrictamente familiar para recibir un enfoque que enfatiza la profunda relación médico-paciente. Se trata básicamente de fijar una serie de criterios y de pautas que inciden en la grave responsabilidad profesional y social de aquellos que pertenecen al sistema de salud en una comunidad organizada. Lo afectivo cede así a lo profesional[43].

Sin embargo, en países como el Perú en donde los servicios de salud son limitados, ineficaces, no cumplen una finalidad social adecuada y la seguridad social desarrolla solo una función decorativa en la política del Estado, la realidad es completamente distinta. Los enfermos terminales, en gran medida, son enviados por los hospitales públicos a sus casas, ya sea por los enormes gastos que representan la atención plural y especializada que demandan, restando recursos humanos, técnicos y económicos a pacientes que pueden seguir viviendo, de tal manera que la vivienda familiar sigue siendo –sobretodo en los niveles socieconómicos más bajos– el lugar común de muerte para estas personas.

Los hospitales públicos y también privados no han desarrollado ambientes especializados que actúen como unidades de terapia, de tal forma que mitiguen el dolor o el sufrimiento crónico de las personas,

---

[41] Cfr. STANGELAND, «Aspectos sociológicos de la eutanasia en España», cit., p. 34.

[42] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 225; GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 175.

[43] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 137.

ni se cuenta, por último, con espacios físicos para el tratamiento de los enfermos terminales, ni se ha implementado una política general y uniforme en el plano ético y de desempeño profesional para los médicos y auxiliares que forman parte de los departamentos de oncología o cirugía interna. A ello se suma el problema inicial de que en las facultades de medicina no se enseña lo suficiente acerca de los procedimientos y mecanismos que debe adoptar el médico para calmar los dolores del paciente sin crear otros males innecesarios[44].

Asimismo, la anterior importancia en la determinación de los móviles y la especial forma comisiva del homicidio se ve superada largamente por aspectos objetivos tan esenciales como el respeto a la dignidad de la persona humana, la calidad de vida, la oportunidad y adecuación de los métodos terapéuticos, la lucha contra el dolor y la valoración esencial de la voluntad del paciente.

III. CLASES DE EUTANASIA

La doctrina reconoce, de manera general, diversas clases de eutanasia[45]:

1. La eutanasia pura

Esta forma de eutanasia se caracteriza porque al moribundo se le administran medios paliativos del dolor que no tienen por efecto el acortamiento o reducción de los plazos de la vida[46]; asimismo, se le brinda atenciones básicas como la higiene corporal, la conservación de la respiración, la nutrición adecuada[47], etc. Se trata de una conducta impune en la medida que se cuente con el consentimiento o autoriza-

---

[44] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 179.

[45] Vide MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 83.

[46] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 421; MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 90; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 96; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 1998, p. 30.

[47] Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 240.

ción del paciente[48]. Se reclama su licitud e irrelevancia penal por atipicidad objetiva[49]. Incluso, se llega a la misma conclusión cuando, de manera general, el moribundo no puede formular ninguna declaración o no lo puede hacer de manera responsable.

Sin embargo, se reconocen supuestos en los que el enfermo impide o se muestra reacio a autorizar medicamentos que alivian el dolor, por que quiere aceptar su muerte completamente consciente, sin recibir ayuda alguna[50], ya sea por motivos religiosos, por experimentación o por simple convicción. En estos casos, cuando pese a la negativa del paciente, el médico o un tercero le aplica un calmante, dicha conducta puede tipificarse como un delito de lesiones (artículo 122°) o falta de lesiones (artículos 441° y 442°)[51].

Los problemas más frecuentes en este ámbito son aquellos en los que pese a la solicitud del paciente los médicos, el profesional sanitario o los familiares no aplican tratamiento analgésico alguno o aplicándolo lo realizan de manera insuficiente. La calificación jurídica de estos comportamientos serán subsumibles en el delito de lesiones o falta de lesiones por omisión[52]. Es necesario verificar primero la concurrencia de la posición de garantía que se extiende hasta el punto de ahorrarle al paciente un sufrimiento innecesario; o a evitar o disminuir el dolor innecesario[53]. Si es que falta la posición

---

[48] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 90; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 98.

[49] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 428; VALLE MUÑIZ, José Manuel, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 60; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial.Delitos contra las personas*, cit., p. 96.

[50] Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 63.

[51] En contra, ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 40, quien considera que en el delito de lesiones no se protege el derecho a sufrir y que para castigar estos supuestos es necesario la configuración del delito de *tratamiento curativo arbitrario*.

[52] Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 241; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 242.

[53] In extenso, ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 6.

de garantía el comportamiento puede subsumirse en el delito de omisión al socorro[54].

2. La eutanasia indirecta

Llamada también eutanasia paliativa[55], esta forma de eutanasia está en la frontera entre el tratamiento terapéutico lícito y la eutanasia activa[56] y recuerda la regla inmemorial de la medicina de: «**curar a veces, aliviar siempre**»[57]. Normalmente en esta clase de eutanasia es común los comportamientos activos, aunque también es posible las omisiones, v. gr. prescindir de tratamientos dolorosos que terminan por acelerar la muerte[58].

Se configura cuando a un enfermo terminal se le aplican medidas paliativas del dolor, a pesar que se conoce que estas medidas están en condiciones de acelerar el proceso de muerte[59]. La aplicación de analgésicos o lenitivos bien pueden eliminar o solo reducir drásticamente el dolor[60], pero con consecuencias fatales.

Hay aquí un doble efecto: por un lado, la disminución del sufrimiento del paciente y, por el otro, el acortamiento de la vida[61], v. gr. la administra-

---

[54] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 429.

[55] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 232.

[56] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 134.

[57] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 179.

[58] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

[59] Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 47; ESER, Albin, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», en *Estudios de Derecho penal médico*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2001, p. 219; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 77; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 45; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 96; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30.

[60] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 232.

[61] Cfr. JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 57; *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 421.

ción de morfina posee efectos respiratorios perjudiciales que en altas dosis puede acelerar la muerte; o el suministro masivo de analgésicos que están en condiciones de producir un efecto tóxico o de atrofiar el corazón[62]. Se habla aquí de una acción con un doble resultado[63]. Los principios del Consejo General de Colegios Médicos alemanes ha señalado que: «*En los moribundos la atenuación del sufrimiento puede situarse en un primer plano, de modo que puede ser aceptado como posible, aunque inevitable, el acortamiento de la vida*»[64].

La licitud de la eutanasia indirecta es reconocida por la doctrina y jurisprudencia comparada[65]. Asimismo, la Iglesia Católica en diversos documentos reconoce la licitud de la eutanasia indirecta como, por ejemplo, la declaración sobre la eutanasia emitida por la sagrada congregación para la doctrina de la fe y el catecismo de la Iglesia Católica[66].

La impunidad de la eutanasia indirecta se plantea desde dos perspectivas. La primera de ellas sostiene la concurrencia de una circunstancia de adecuación social por que dichas conductas no caen dentro del ámbito de protección de la norma. Empero, se objeta a esta tesis su vaguedad e indeterminación para fundamentar la impunidad de los homicidios.

La segunda postura considera que no existe homicidio como consecuencia del consentimiento expreso o presunto del paciente. Aquí desempeña un rol decisivo, como en casos similares, el respeto a la voluntad del paciente[67].

Se rechaza la posición que vincula la solución de esta problemática si existe o no un comportamiento doloso del sujeto[68], reclamándose el traslado de la discusión a parámetros estrictamente objetivos en lo

---

62 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 105.

63 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 206.

64 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 7.

65 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 429.

66 Ampliamente, SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 102; STANGELAND, «Aspectos sociológicos de la eutanasia en España», cit., p. 338.

67 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 8.

68 Empero, así: BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 96.

que atañe al contenido de los deberes curativos y terapéuticos propios de la actividad médica[69].

Si el paciente no puede tomar una decisión responsable, todo dependerá de su voluntad presunta, para lo cual han de valorarse sus manifestaciones anteriores, el grado de cercanía de la muerte, su probabilidad o la dificultad para soportar el dolor[70], etc.

La ausencia de sanción para la eutanasia indirecta reside en que el deber de alargar la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento del paciente. Como señalan Roxin: «*Una vida algo más corta sin graves dolores puede ser más valiosa que otra mucho más larga, pero acompañada de un sufrimiento apenas soportable*»[71] y Eser: «*También la muerte debe ser entendida como parte de la realización de la personalidad y, con ello, de la vida*»[72]. Saber morir es saber vivir[73]. Incluso, se llega a sostener que en vez de hablar de eutanasia indirecta se debe remarcar la idea de tratamiento médico inspirado en la prevalencia de la calidad de vida que se extingue frente a su posible prolongación[74].

El deber de preservar y mantener la vida muchas veces cede al interés que tiene el paciente de ser liberado de un dolor insoportable. La protección a la vida ya no se plantea en términos absolutos e irreconciliables[75], como si dicha tutela se caracterizara por la indiferencia ante los graves dolores o por una parsimonia ante los graves padecimientos. El criterio biológico-cuantitativo del bien jurídico «*vida*» es reemplazado paulatinamente por su estimación cualitativa en la que esta se convierte en un valor relativo[76].

---

69 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 135.

70 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 9.

71 Ibídem, p. 8.

72 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 194.

73 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 183.

74 Por todos, SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 136.

75 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 431 y ss.

76 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 183; JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 58; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 110.

El deber de tratamiento encuentra su límite en la dignidad de la vida humana; y al médico le asiste no solo la obligación de curar, sino de aliviar al enfermo los dolores una vez que los tratamientos se revelen como inútiles e ineficaces para frenar la enfermedad[77]. El hecho de que no se pueda garantizar una mínima calidad de vida genera el deber de asegurar una muerte digna, de otro modo se estaría infringiendo la prohibición constitucional de no incurrir en **tratos inhumanos o degradantes**[78].

Los nobles principios médicos «tradicionales» de respeto absoluto a la vida, incluso en los momentos más cruentos, pueden convertirse en un tratamiento profundamente inhumano de indiferencia para la persona que los padece[79]. Con ello, no es que se dé entrada a una valoración de la vida en función de los intereses sociales o económicos, sino que la ponderación parte de los intereses del propio ser humano: **la liberación del dolor frente a la prolongación de la agonía**.

El paciente y/o el enfermo no pueden ser vistos como mero objeto e instrumento de estudio y tratamiento[80]. La posición de garante del médico no tanto alude a la idea de prolongación a cualquier costo de la vida, sino a la calidad de vida que le queda al paciente[81]. El ordenamiento jurídico no puede permitir que se degrade la dignidad del paciente. Si el moribundo ha perdido su capacidad de decisión y si con la conservación de la vida ya no se le trata como persona, la mera prolongación de la vida en estas condiciones se puede ver como un atentado contra su dignidad.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando se conserva la vida solo por intereses económicos (de los familiares o del hospital), políticos o con fines de

---

[77] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 103.

[78] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 236.

[79] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 430; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 59.

[80] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 38.

[81] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 136.

experimentación[82], v. gr. la búsqueda de la eficiencia en el procedimiento médico que lleva a la obtención de nuevos conocimientos a costa del paciente[83]. Así como se le reconoce el derecho del paciente a rechazar las terapias está facultado a que estas se limiten al tratamiento del dolor[84].

Uno de los problemas más discutidos de la eutanasia indirecta es establecer su **dimensión temporal** o el periodo en que puede cometerse. Un sector de la ciencia médica y de la ciencia jurídica considera que solo puede ejecutarse sobre las personas moribundas. Empero, el sector predominante estima que la mitigación de los dolores y el posible acortamiento de la vida puede darse tiempo antes, sin necesidad de exigir que la persona se encuentre en dicho estado. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de cáncer que producen un dolor intenso durante semanas y meses, sin que todavía el paciente esté muriendo.

Los medios, métodos y procedimientos que reducen el dolor deben ser utilizados en beneficio de los enfermos, siempre que se cuente con su aprobación, aun cuando importen riesgos de aceleración de la muerte[85]. Dichos medios pueden ser suministrados de manera discontinua o de manera continua por vía intravenosa, hecho que produce en algunos casos la falta de conciencia permanente hasta la llegada de la muerte[86].

La creación del riesgo en estas circunstancias no supone la configuración del riesgo prohibido o más aún del peligro típico del homicidio, sino más bien se trata de un riesgo permitido[87]. El objeto de la

---

[82] Ibídem, p. 91; ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 189; ÍDEM, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 184.

[83] Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 207; ÍDEM, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 164.

[84] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 134.

[85] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 430.

[86] Al respecto, SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 105.

[87] Así, KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 246; ESER, «Posibilidades y Límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 219. Considera,

acción lo constituye el dolor y no la enfermedad[88]. Otros autores sostienen, aplicando las reglas de la imputación objetiva, que la conducta quedaría fuera del ámbito de protección de la norma, ya sea que se acelere la muerte o no se evite su producción[89].

La posibilidad de aplicar la eutanasia indirecta no se limita a la producción de situaciones gravemente dolorosas. Se comprenden también circunstancias de sufrimiento que no pueden desaparecer de otro modo, v. gr. procesos asmáticos que generan peligro de asfixia. La **atenuación del sufrimiento no es lo mismo que atenuación del dolor.**

Se discute también acerca de la clase de dolo, inherente a la eutanasia indirecta. Según una postura tradicional, la única forma de dolo aceptada en la eutanasia indirecta es el dolo eventual, entendido como el acortamiento de la vida posible pero no seguro a través de la acción paliativa. Sin embargo, un punto de vista más actual plantea la compatibilidad del acortamiento de la vida con la seguridad de su previsión o advenimiento; de allí que no haya problema para aceptar el dolo directo.

La seguridad o certeza sobre la reducción de los plazos de vida no debe llevar a negar la terapia paliativa[90]. Aun cuando la discusión sea necesaria desde el punto de vista científico, la inmensa mayoría de casos se limitarán a supuestos de dolo eventual[91]. Empero, no faltan quienes niegan, incorrectamente, la concurrencia del dolo eventual en los casos de la eutanasia indirecta ya que, según se afirma, el autor no cuenta con esa eventualidad en tanto adopta las medidas necesarias para conseguir aliviar el dolor sin producir el adelantamiento de la muerte[92].

---

en cambio, que se está ante un estado de necesidad: BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 113.

[88] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 105.

[89] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 239.

[90] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 11.

[91] Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 219.

[92] Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 429.

Necesariamente debe distinguirse entre los casos de acortamiento de la vida que se producen con intención de matar y los verdaderos supuestos de eutanasia indirecta[93]. Si el sujeto quiere reducir el periodo de vida del paciente, más que aliviar sus dolores o sufrimientos estaremos ante un homicidio[94] y no ante un supuesto eutanásico impune. Es indiferente si el sujeto pasivo pide o autoriza la intervención del autor del hecho. En el mejor de los casos estaremos ante un homicidio a petición. Puede, incluso, llegar a configurarse un asesinato cuando una persona mata al paciente con el fin de heredarle y no de calmar su padecimiento[95].

Existe la posibilidad de evaluar si la conducta del médico en la hipótesis de eutanasia indirecta puede ser subsumida en un caso de homicidio imprudente, sobre todo cuando se infringe el deber objetivo de cuidado en lo que atañe a la indicación de la medida terapéutica y a las reglas de su arte. En la determinación de los supuestos problemáticos se debe valorar si el médico, en la situación concreta, debió o no aplicar un determinado tratamiento, en el sentido de si este era necesario y desde la perspectiva *ex ante* se presentaba como el más idóneo y adecuado dadas las circunstancias.

La regla en este ámbito es que el médico debe escoger el tratamiento que garantice la mayor entidad y eficacia terapéutica posible y a la vez que provoque los menores riesgos posibles a la salud y a la vida del paciente[96].

3. La eutanasia pasiva o paraeutanasia[97]

Es la forma de eutanasia que presenta los mayores problemas éticos y jurídicos, pues tiene una borrosa frontera entre lo lícito y lo ilíci-

---

93 Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., pp. 219 y ss.

94 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 11.

95 Ibídem, p. 12.

96 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 430.

97 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 83. De modo crítico con el uso del término de eutanasia pasiva: JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 57.

to[98]. Se manifiesta cuando una persona (médico, personal sanitario o pariente) que se encuentra al cuidado de un paciente omite prolongar la vida renunciando a un tratamiento, a su iniciación, a una operación, a un medio o procedimiento cualquiera que aplazaría el momento de la muerte[99].

Se distinguen en este ámbito tres supuestos:

a. La decisión del paciente de no adoptar, o hacer cesar, las medidas que alargan la vida (dejar morir de mutua conformidad[100], llamada también eutanasia consensual[101])

El paciente (capaz) tiene derecho a negarse a recibir un tratamiento médico para la preservación de su vida. Una persona enferma no tiene ninguna obligación de someterse a un tratamiento médico, a pesar que ello le signifique la muerte[102]. Se reconoce el derecho a no ser tratado médicamente[103].

La circunstancia en la que el enfermo se opone, es renuente, se desiste a tomar o proseguir un determinado tratamiento que le aplazaría el momento de la muerte o quizás le salvaría la vida, libera al médico o a la persona que lo cuida de cualquier responsabilidad penal.

La voluntad del paciente a continuar con el tratamiento hace cesar el deber médico a continuar con la prolongación de la vida[104]. El

---

98 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 421.

99 Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 237; ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 12; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 421 y ss.; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 77; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 45; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30.

100 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 176.

101 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 139.

102 Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 236.

103 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 77.

104 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 177; JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 61; KAUFMANN, «¿Relativización de la

paciente tiene el derecho absoluto a vetar un determinado tratamiento o una determinada técnica médica[105]. Por ejemplo, si alguien con cáncer rehúsa someterse a una operación quirúrgica o, al tratamiento de quimioterapia, debe respetarse su decisión y no ejecutarse el tratamiento. Lo mismo ocurre en el caso de las personas ancianas o enfermas que se encuentran al borde de la muerte que rechazan el tratamiento que le brinda, por ejemplo, la unidad de cuidados intensivos.

La posición de garante del médico o del profesional sanitario se limita, e incluso, se excluye por completo en razón a la voluntad del paciente[106], desapareciendo la ayuda al suicidio por omisión, la calificación al delito de homicidio y eventualmente el delito de omisión al socorro[107], siempre que se hayan paliado los dolores del paciente. El médico que actúa de acuerdo con la petición del enfermo no incurre en responsabilidad penal, en la medida que la interrupción voluntaria del tratamiento se considera como un acto lícito, mientras que su continuación en contra de la voluntad del paciente genera un tratamiento coactivo ilegítimo[108]. La incapacidad o limitación de la medicina para garantizar una vida en condiciones elementales de calidad genera que los deberes de garante cesen[109].

La intervención del médico está justificada no por la enfermedad, sino por el consentimiento del paciente[110]. Su discrecionalidad es solo

---

protección jurídica de la vida?», cit., p. 47; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 761; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 97; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 110.

105 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207.

106 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 178; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 436; QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207; MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 95.

107 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 439.

108 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 133.

109 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 236.

110 Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 236; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 95; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 432 y 439.

técnica y se circunscribe al ofrecimiento del mejor tratamiento para el paciente en función del avance de la ciencia médica en un determinado desarrollo histórico[111]. La indicación y las posibilidades de tratamiento corresponden al médico, pero la asunción informada de los riesgos y peligros que de él deriven queda en manos del paciente, como expresión de su autodeterminación o autonomía[112].

La voluntad y el consentimiento es fundamental en el inicio o continuación de cualquier tratamiento médico quirúrgico[113], aun cuando desde el punto de vista objetivo y racional no tenga ningún asidero comprensible, responda a intereses egoístas o aparezca como temerariamente irresponsable, v. gr. la madre, único sostén de sus cinco hijos prohíbe y se opone a que los médicos le practiquen una transfusión sanguínea que con seguridad le puede salvar la vida[114]. El principio *voluntas aegroti suprema lex* se contrapone y es superior al *salus aegroti*[115]. Se afirma, con razón, que la existencia o no de consentimiento es una circunstancia de máxima relevancia en la configuración de la eutanasia o de un homicidio común[116].

El respeto al consentimiento del paciente expresa la decisión ideológica fundamental de cómo se reconoce en un ordenamiento jurídico democrático la **relación médico-paciente**, que descansa en la autodeterminación por encima de algún deber del médico[117]. El paciente tiene derecho a decidir si trata o no su enfermedad y, de ser el caso, a elegir el modo y clase de tratamiento[118], lo cual refleja

---

[111] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 88.

[112] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 439.

[113] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 38; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 432; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 79.

[114] Vide ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 12.

[115] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 176; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 96.

[116] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 423.

[117] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 90.

[118] Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 256.

el respeto a una visión personalista del ser humano contraria al utilitarismo colectivista que se caracteriza por imponer el deber de curarse con el fin de cumplir las obligaciones con la sociedad, situación que constituye un apoderamiento totalitario, tanto en el sentido ideológico como físico del ciudadano[119].

El consentimiento presupone la capacidad de juicio del titular del bien jurídico, el conocimiento de la magnitud de la renuncia y de las posibles consecuencias que puedan sobrevenir luego de tomar una decisión. En el campo sanitario existe la obligación de informar de manera adecuada y suficiente al afectado, por ejemplo, cuando cuenta con una edad temprana o carece de conocimientos especiales. En el tratamiento curativo, el deber de informar y de esclarecimiento juega un papel trascendental[120] y es inmanente al deber de asistir. Lo que se busca es asegurar que el enfermo pueda adoptar una decisión razonable. Se trata no solo de una voluntad real, sino una **voluntad informada**[121].

El tratamiento médico se inicia y finaliza con el consentimiento del paciente, aun cuando la decisión acerca del comienzo o la continuación del mismo signifique la muerte. Como señala Eser: «*La protección a la vida no puede llevar a una condena a la vida*»[122]. El derecho constitucional a la vida no debe entenderse como un deber de vivir contra la propia voluntad[123], ni la ética del buen morir debe reemplazarse por un ética para la vida[124] (obligatoria). Jurídicamente, no existe el deber de curarse.

---

119 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 86.

120 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 432; QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 96; ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 42; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 144.

121 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 96; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 80.

122 ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 177.

123 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 437.

124 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 228.

Por el contrario, se reconoce el denominado derecho a abandonarse, de no curarse o de dejarse morir[125] que plasma el principio de la incoercibilidad de vivir[126], por el cual la persona puede rechazar los tratamientos médicos como expresión de no querer curarse o simplemente de querer morir. El paciente tiene el derecho a elegir entre las alternativas de tratamiento y a rechazar cualquier medida[127] que no le convenga o simplemente no le parezca.

El nacimiento de la posición de garantía o el acto de asunción debe determinar los términos del compromiso específico que el médico se obliga a cumplir con el paciente. Debe abarcar, por lo menos, la información del bien jurídico cuya protección se asume, la enfermedad que se tiene y ha de expresar, con toda claridad, la terapia con la que se pretende combatir la enfermedad[128]. El desacuerdo del paciente acerca de la terapia que se piensa seguir rompe la relación de garantía[129].

En estos casos es el paciente y no el médico quien debe precisar cómo y de qué forma encuentra su propio bienestar[130], en qué medida quiere cuidar o mejorar su salud y decidir qué riesgos está dispuesto a correr, debiendo el médico –a tal efecto– informar acerca del tipo, la importancia y las consecuencias de la intervención médica[131]. El grado del esclarecimiento aumentará en la medida que disminuya el grado de urgencia de la intervención; de tal modo que en casos urgentes el deber de informar se relajará. Cuanto más delicado sea el estado de salud del paciente y mayores sean los riesgos del tratamiento, como más inciertos sean sus resultados, mayor es la obligación de informar[132].

---

[125] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., pp. 77 y 94.

[126] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 88,

[127] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 241.

[128] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 69.

[129] Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 88.

[130] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 95; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 144.

[131] Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 43; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 144.

[132] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 439; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 88, nota 87.

Asimismo, el deber de informar no solo es consustancial al acto de efectuar una intervención quirúrgica, sino que en algunas ocasiones es mucho más decisivo e importante en la realización del diagnóstico[133].

En este ámbito, se afirma que el paciente adulto y mentalmente sano tiene el derecho a negarse a todo tratamiento como consecuencia de una decisión informada de manera seria y responsable, aun cuando este rechazo ponga en peligro su vida y acaezca su muerte[134].

La impunidad de la eutanasia pasiva consentida nace del derecho a la autodeterminación del paciente y de su facultad de no curarse y no de un presunto como inexistente derecho del médico a interrumpir el tratamiento[135].

El paciente debe saber que cuando se interna en un hospital, el médico y las personas encargadas de su tratamiento harán todo lo necesario para salvarle la vida o recuperar su salud, conforme a su voluntad objetivada y en donde no se deja en manos del médico el cuánto y el cómo de lo que debe hacerse por el enfermo[136].

Es indiferente si el paciente que se niega a recibir el tratamiento es un enfermo terminal, se encuentra completamente lúcido o si se trata de un paciente suicida. No hay ningún motivo racional o jurídico para que los médicos o los parientes dejen de respetar la voluntad del paciente, al margen de si se trata o no de un suicidio[137].

La interrupción del tratamiento del paciente es un caso paradigmático de **omisión**[138]. Ello es así aun en los casos en los que la acción

---

133 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 43.

134 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 439.

135 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 95; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 77.

136 Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 212.

137 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., pp. 13 y 14.

138 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 49; ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 184; SILVA SÁNCHEZ, «La

interruptora se encuentra relacionada a un hacer positivo como cuando, por ejemplo, por deseo del paciente se desconecta el aparato respiratorio[139]. Aquí estamos ante una interrupción de un tratamiento salvador de la vida[140] que configura un supuesto de eutanasia pasiva[141]. La valoración objetiva del comportamiento debe estar presidida por una ponderación de su significado social y no por un criterio naturalístico de si se desarrolla o no movimientos corporales, peor aún si desde la perspectiva normativa estamos ante un **cese** del tratamiento.

La decisión de acortar la vida al apoyarse en una decisión libre y responsable del paciente vuelve el comportamiento impune[142]. No hay duda que donde se acepta y se cataloga como impune la acción que interrumpe el tratamiento terapéutico también debe serlo la paralización del tratamiento técnico[143]. Un sector calificado de la doctrina sostiene que en caso la desconexión se produzca estando el sujeto consciente, dicha acción dará lugar a una responsabilidad comisiva[144] y no omisiva.

---

responsabilidad penal del médico por omisión», cit., pp. 86 y 89; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 93; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 97; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 422; ÍDEM, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 131; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 236.

[139] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 274; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 131; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 93; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 74. De modo distinto: SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 134; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 111.

[140] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 90.

[141] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 45.

[142] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 14.

[143] Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 218: «Al igual que el médico comete una omisión cuando interrumpe una medida de reanimación comenzada mediante movimientos de masajes, también es solamente una omisión cuando interrumpe el trabajo de una máquina en un nivel tecnificado más elevado». ÍDEM, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 184; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 89; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 274.

[144] Vide SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 86.

La paralización del inicio o continuación del tratamiento puede provenir tanto de una persona que no es médico como de un particular, v. gr. un familiar o tercero encargado del cuidado del enfermo[145]. El significado normativo–social del comportamiento no se altera por el hecho de que quien interrumpe el tratamiento sea médico o no.

Los casos de duda de la voluntad del paciente se deben resolver a favor de la aplicación del tratamiento que no es otra cosa que el traslado y aplicación en este ámbito del aforismo *in dubio pro vita*[146].

b. La decisión del paciente de adoptar las medidas que prolonguen su vida y su correspondiente no implementación (la interrupción unilateral de tratamiento[147])

Si pese a la voluntad del paciente el tratamiento no se inicia o no se prolonga habrá un homicidio por omisión impropia[148], en la medida que la falta de una acción oportuna determina que el paciente muera. Lo mismo ocurre cuando el paciente no ha expresado su voluntad, que se le deje morir o sencillamente no ha manifestado nada al respecto[149]. La configuración de la omisión impropia aparece por el hecho que el médico y los parientes ostentan una posición de garante respecto a la vida del paciente[150]. De no concurrir la posición de garantía, solo habrá el delito de omisión al socorro. Los casos que se pueden presentar en este ámbito son diversos como, por ejemplo, los apáticos que son los que tienen una agonía crónica.

---

[145] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 15. De modo distinto: SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 98.

[146] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 97; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 465.

[147] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 182.

[148] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 440.

[149] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 97; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 441.

[150] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 440.

Si el paciente, por ejemplo, solicita que se le conduzca a cuidados intensivos debe accederse a su petición si es que con ello se le prolonga la vida, pese a que tal vez dicha acción no represente ninguna mejoría para él. No interesa si el médico considera razonable o no dicha medida. Empero, ello está acondicionado a que el médico se haya obligado al inicio del tratamiento una vez haya asumido el **compromiso específico**[151] con el paciente o sus familiares que puede llegar a iniciarse, incluso, a través de una llamada telefónica[152]. La relación jurídica del paciente y el médico es de carácter privado y se encuentra regulada por el Derecho civil, en especial por las normas que rigen el contrato de mandato[153].

El deber jurídico de asistencia y de protección a la vida surge cuando la persona necesitada de tratamiento posee una relación especial de dependencia, dada su vulnerabilidad, con un tercero (médico, enfermera, personal sanitario o familiar)[154]. De tal modo que si el médico u otra persona no asume voluntariamente el tratamiento, no puede estar obligado a su ejecución[155]. De allí que el deber de iniciar el tratamiento y de informar su desarrollo aparece una vez aceptado el convenio de servicios profesionales o, en concreto la asunción del compromiso específico. Dicho deber de tratamiento se configura cuando el paciente o sus familiares confían y dejan al cuidado del médico o del personal sanitario al enfermo y prescinden de los servicios de otros médicos[156]. Si el médico no asume consensualmente el inicio de la realización del

---

151 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., pp. 69 y ss.; ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 47; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 110.

152 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 68: «Ello, siempre que en la misma comiencen a darse indicaciones relativas al tratamiento que impliquen un efectivo comienzo del mismo. O incluso si, sin darse indicaciones terapéuticas, se advierte un compromiso expreso o concluyente de inminente atención».

153 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 210.

154 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 440.

155 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 178.

156 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 68, quien alude que la relación de confianza entre el médico y el paciente (o sus allegados) genera el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 441.

tratamiento, no tiene ninguna obligación de continuarlo[157]. En los casos en que no hay una expresa regulación contractual previa entre el médico y el paciente –especialmente en los casos en que este está inconsciente– se habla de una gestión sin mandato[158].

Una posición de garantía de estas características no es por lo general indefinida. Cualquiera de las partes puede concluirla en cualquier momento. Así, por ejemplo, el paciente cambia de médico y/o el médico suspende el tratamiento siempre que no deje al enfermo en una situación de necesidad, esto es, sin poder acudir a otro profesional[159].

El médico puede omitir el tratamiento del paciente cuando su cumplimiento no importe una contribución a la prolongación de la vida y, sobre todo, no pueda mejorar su evolución a través de una atenuación del dolor[160]. Aquí estamos ante casos llamados **tratamientos inútiles o ineficaces**[161]. En efecto, no es posible tolerar y exigir una actividad del médico carente de sentido, que lo lleve más allá de sus funciones específicas[162]. Se plantea que el médico puede poner fin a su posición de garantía, cesando el tratamiento, y que una prestación genérica de socorro es inexigible[163].

En este campo se remarca la necesidad de tomar en cuenta la finalidad y el objetivo prioritario de la actividad médica como de la medicina misma. En tal sentido, si se parte por considerar a la medicina más allá de una ciencia puramente natural y que está impregnada de criterios antropológicos fácilmente se observará que su finalidad es buscar que las condiciones físicas y psíquicas sirvan para la autorrealización personal[164], ya sea optimizándolas o para ayudar a recuperarlas.

---

157 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 178.

158 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 211.

159 Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 69.

160 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 431.

161 Vide, en sentido crítico, MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 98.

162 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 16, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 442.

163 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 86.

164 Por todos, ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 187; ÍDEM, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 55; ÍDEM, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 213; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., pp. 84 y ss.

La medicina, en los últimos decenios, ha dejado de enfocar como meta principal la conservación a toda costa de la vida de las personas. El objetivo de esta ciencia no es solamente curar o diferir lo más posible la muerte, sino que busca también **aliviar el sufrimiento del paciente**[165]. Así, por ejemplo, el Consejo de Europa destaca que no se puede considerar a la prolongación de la vida como un *objetivo exclusivo de la práctica médica*. Ya no basta ni es suficiente la conservación cuantitativo-biológica de la vida, sino que se debe posibilitar y afianzar un mínimo de **autorrealización personal**[166], entendida como posibilidad de relación y de autorrealización[167]. Con certeza, afirma ESER: «*El deber de mantener la vida termina allí donde el ser humano esté privado de toda posibilidad de conciencia y autorrealización a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción*»[168].

Los médicos pese al innegable rol social que cumplen y el servicio que prestan a la sociedad, no tienen por el hecho de serlo una superioridad racional sobre el paciente[169], ni pueden ir en contra de su voluntad. No existe, por tanto, una **soberanía de la razón médica**[170].

Sin embargo, cuando existen posibilidades reales de emprender un tratamiento eficaz e idóneo para la vida y la salud del paciente, logrando determinados avances, v. gr. recuperación de la conciencia, persiste la obligación de tratamiento y con ello la eventualidad de incurrir en un homicidio por comisión o por omisión[171]. La iniciación,

---

165 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 422; MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 90.

166 Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 213.

167 Vide SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 84.

168 ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 189; ÍDEM, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 60.

169 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 439; ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 183.

170 Cfr. ESER, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico», cit., p. 39.

171 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 441.

continuación o ampliación de un tratamiento médico solo es exigible cuando exista la posibilidad por parte del médico de cumplir una función curativa.

Con razón, se afirma que no hay un deber general y absoluto de mantener con vida al paciente empleando todos los medios y recursos, más aún si los recursos técnicos, humanos y económicos son limitados. Hay casos de imposibilidad de la prolongación de la vida como cuando, por ejemplo, el mantenimiento de la vida es fácticamente imposible. Estamos aquí frente a casos de incapacidad individual de acción, v. gr. el médico o la clínica no cuentan con personal o material quirúrgico necesario para la aplicación de un determinado tratamiento o cuidado intensivo[172].

Una solución semejante debe aplicarse en los casos en que se dispone de personal y de material médico, pero no en el número o en la calidad suficiente. La elección que haga el médico no se le puede reprochar, dada su capacidad de actuación limitada y estrecha, debiéndosele reconocer un marco de autodeterminación y libertad para elegir. Lo mismo ocurre cuando varios enfermos necesitan *simultáneamente* la misma atención sin que el personal o el equipo puedan servir idóneamente para todos, v. gr. hay un solo aparato disponible que es necesitado por varios enfermos[173]. En este último caso se debe respetar el **principio de prioridad cronológica**, por el cual el médico debe atender según el orden de prelación del ingreso. En los supuestos donde el médico administra una deficiencia, se le reconoce una libertad razonable.

Si bien el empleo de tecnología médica, más aún la de avanzada, permite prolongar la vida debe conjugarse este aspecto con el respeto a

---

[172] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 94; ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., pp. 184 y ss.; ÍDEM, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 181.

[173] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 191; ÍDEM, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 181; KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 39.

la dignidad de la persona, tomando en cuenta que en ciertas ocasiones la conservación de la vida no tiene ningún sentido para el paciente[174]. Se recuerda con insistencia que pese a los avances inocultables de la medicina en técnicas de reanimación, la posibilidad de aplicar tratamientos terapéuticos permite que la muerte siempre pueda ser aplazada y se plantea la discusión si no se le brinda mejor servicio al paciente, dejándolo morir en paz[175]. De allí que el médico se encuentre en el dilema de prolongar la vida o dejar morir.

No hay interrupción del tratamiento ni posibilidad alguna de eutanasia luego de la cesación de la actividad cerebral, ya que se habrá rebasado larga y profundamente el límite máximo de protección a la vida en el homicidio[176]. La desconexión de los aparatos técnicos y/o la interrupción del tratamiento no realizan el tipo objetivo de homicidio, dado que el sujeto se encuentra clínica y realmente muerto[177].

c. La incapacidad de declarar y la omisión, medidas que mantienen con vida

Los casos más problemáticos y difíciles de eutanasia pasiva son aquellos en que el paciente se encuentra en una situación prolongada de incapacidad que no le permiten tomar una decisión a favor de la interrupción del tratamiento o en contra del mismo. Los supuestos más frecuentes son aquellos en que el paciente ha perdido de manera irreversible la conciencia, aludiéndose al llamado **síndrome pálico** (o también coma profundo) en donde la corteza cerebral paraliza la función del cerebro.

---

[174] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 16.

[175] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 171.

[176] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 98; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 90; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 94; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 96; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 138.

[177] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 90; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 442.

La muerte no se ha iniciado ni se encuentra próxima. La jurisprudencia comparada resuelve estas hipótesis autorizando la renuncia a las medidas que prolonguen la vida como la respiración asistida, las trasfusiones de sangre o la alimentación artificial[178].

Lo decisivo en este contexto es respetar la voluntad presunta del paciente y su derecho a la autodeterminación, aun cuando se encontrara en el momento decisivo incapacitado para manifestar su voluntad. El problema, como es lógico, reside aquí en determinar y precisar con un grado razonable de certeza dicha voluntad presunta.

La jurisprudencia alemana establece, en tal sentido, una serie de criterios y pautas interpretativas sumamente útiles que deben ser investigados escrupulosamente si es que se quiere armonizar el derecho a una muerte digna y el respeto al derecho constitucional a la vida. Se plantea la necesidad de valorar las manifestaciones previas del paciente, sean orales o escritas, sus convicciones religiosas, sus creencias y valores personales, su expectativa de vida de acuerdo con su edad y la gravedad de su padecimiento[179].

Los últimos desarrollos jurisprudenciales han sentado las siguientes premisas: a) la pérdida irreversible de la conciencia no puede acarrear automáticamente la interrupción del tratamiento si es que no se indaga y se llega a una conclusión positiva en este sentido; b) se transfiere la decisión de los médicos y de los parientes al tribunal tutelar, garantizando una mayor objetividad y racionalidad respecto a las personas que realizan o cooperan en el tratamiento; c) se concede un importante significado a las disposiciones escritas de los pacientes[180].

La protección de la vida humana tiene preferencia y está por encima de las convicciones personales del médico o de los parientes.

---

[178] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 18.

[179] Ibídem, p. 19.

[180] Ibídem, p. 20.

Una de las cuestiones más debatidas es resolver la controversia si constituye o no una forma de interrupción legítima del tratamiento el privar al paciente de su alimentación o, lo que es lo mismo: si es posible dejarlo morir de hambre. Algunos consideran esta práctica inadmisible y contraria a la noción de eutanasia. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia comparada se decantan por aceptar cualquier omisión de tratamiento una vez que se indague y se llegue a comprobar la voluntad presunta, entre ellas el dejar morir de hambre, de tal modo que se incorporan aquí los casos de interrupción de la respiración, alimentación[181] o medicación asistida, con la salvedad que se recomienda la elección de la interrupción del tratamiento menos dolorosa posible. Así, en el caso de la interrupción del tratamiento en la modalidad de privación de la alimentación debe efectuarse una administración de líquidos para evitar una deshidratación dolorosa[182].

Se ha de enfatizar que si ya no existe posibilidad de iniciar o continuar un tratamiento médico eficaz e idóneo que mejore el estado de salud del paciente o prolongue su vida, habrá si prosigue este lo que se conoce como *encarnizamiento terapéutico*[183] o *distanasia*[184] (del griego *dys*: malo, anómalo y de *thanatos*: muerte). La distanasia se define como la prolongación de la vida, empleando todos los medios disponibles a pesar de que ella es inevitable sin que se pondere los beneficios o perjuicios que se derivan para el paciente[185].

---

[181] En sentido semejante, pero con reservas: ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 444.

[182] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., pp. 24 y 25.

[183] Vide MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 98. Los distintos sentidos de encarnizamiento terapéutico, vide SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., pp. 89 y ss., para quien: «La noción de encarnizamiento terapéutico no resulta susceptible de una definición precisa y termina por no representar nada más que un núcleo de desvalor de contornos muy difuminados» (p. 92).

[184] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 442; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 94; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 63.

[185] Ampliamente: ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 443.

El médico no está obligado a aplicar tratamientos médicos-quirúrgicos inútiles y desproporcionados sobre la base de un resultado previsible, sobretodo cuando causa un prolongamiento precario y penoso de la vida. De allí que, por ejemplo, la desconexión del aparato de respiración artificial sea un acto atípico cuando las medidas terapéuticas han fracasado[186]. El profesional sanitario tiene el deber de no empecinarse en la terapia cuando todo está perdido[187], pues de otro modo se estaría transformando la tarea curativa de modo esencial[188].

Se alude también al hecho que el médico se encuentra en una situación de inexigibilidad de otra conducta dirigida a la salvación o continuación del tratamiento[189]. Los casos en que se aplica la medicina intensiva y el tratamiento ya comenzó, es posible que se puedan detener o paralizar en la medida que solo representen una prolongación de la agonía[190]. La dignidad de la persona humana se afecta tanto cuando el médico no hace nada o no hace lo necesario para salvar al paciente como cuando utiliza una variedad de técnicas y procedimientos innecesarios[191].

En el campo internacional son conocidos los procesos distanásicos que debieron soportar algunos políticos contemporáneos como Tito, Franco o Truman, sin dejar de contar los célebres casos de Karen Ann Quinlan o Nancy Cruzan.

Los casos paradigmáticos en este contexto lo representan los **estados vegetativos persistentes**[192], llamados también estados vegetativos

---

186 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 45; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 97.

187 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 175.

188 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 40, alude a que dicha práctica supone incurrir en *terror de la humanidad*.

189 Así, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 85.

190 Cfr. JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 57

191 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 41.

192 Vide DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 231.

u hombres plantas[193], que se caracteriza, según la Academia Americana de Neurología, por: «*Una forma de inconciencia permanente, con los ojos abiertos, en los que el paciente está despierto con ciclos fisiológicos de sueño y vigilia sin que se dé cuenta de sí mismo o de su entorno*». Sus particularidades son: a) se trata de pacientes vivos. No hay aquí muerte cerebral; b) los pacientes no pueden sentir dolor o sufrimiento; c) no son pacientes terminales, por lo que pueden contar con un periodo de sobrevivencia prolongada, de meses y años, mientras que se mantenga el suministro de nutrición y líquidos. No hay capacidad de percepción y de comunicación con el entorno[194]. La medicina solo se limita a mantener las funciones vitales.

La ciencia médica de modo mayoritario estima que el tratamiento de los pacientes, en dicho estado, no proporciona ningún beneficio a los enfermos, aun cuando se trate de casos de nutrición e hidratación artificiales[195]. La prolongación innecesaria de la vida constituye una grave infracción al respeto a la dignidad de la persona humana, constituyendo un claro ejemplo de configuración de tratos inhumanos y degradantes. El respeto a la dignidad de la persona humana, tal como se señaló (supra: III,2), actúa también ante la cercanía e inminencia de la muerte del ser humano; de tal forma que la conservación de la vida puede verse como incompatible a los intereses del enfermo o contrario a sus propias concepciones y creencias y como un procedimiento notablemente inhumano[196].

Las *lex artis* del médico le debe conducir a la supresión de todo tratamiento o medida asistencial artificial que implique de modo inevitable el encarnizamiento terapéutico o cualquier procedimiento distanásico, sin que haya posibilidades racionales de recuperación. El deber de prolongar la vida, como todo deber jurídico, tal como señala

---

193 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 99.

194 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 231.

195 Por todos, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 444.

196 Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 445.

ROMEO CASABONA, está condicionado a que la ejecución del tratamiento médico ofrezca perspectivas racionales y objetivas de restablecer la salud del paciente[197]. Ello, empero, no ocurre en los casos de coma irreversible o del estado vegetativo persistente.

Excurso 1: El testamento eutánasico o las instrucciones previas

La fijación por escrito de la voluntad del paciente respecto a si quiere seguir el tratamiento, el tiempo de duración del mismo, entre otros factores, constituye el punto de apoyo más seguro para la determinación de la voluntad presunta[198]. Incluso, algunos pacientes optan por certificar su declaración ante notario[199]. Se habla aquí de un testamento eutánasico[200], biológico o vital[201], de carta del paciente, de la declaración vital[202], de disposiciones del paciente[203], o de las instrucciones previas[204] o por anticipado[205].

En efecto, las cosas se facilitan si es que dicha voluntad exteriorizada por escrito se renueva anualmente[206], treinta días antes a la decisiva interrupción del tratamiento[207], dentro de periodos razonables y luego

---

197 Ibídem, p. 446.

198 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 20; ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 180.

199 Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 250.

200 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 178.

201 Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 461; BARQUIN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 174. Considera vulgar la expresión *testamento vital*: BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 273.

202 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 227; QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207.

203 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 48.

204 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 273.

205 Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 250.

206 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 20.

207 Vide ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 178.

del cual difícilmente se puede concluir que el paciente quería algo distinto, salvo que se lo pueda interrogar personalmente[208]. Las declaraciones expresan normalmente el deseo de una muerte buena y natural, el rechazo a la extensión artificial de la vida vegetativa, de las medidas de reanimación y el deseo que una tercera persona pueda controlar el respeto de su voluntad[209].

Legislativamente, la medida se implementó por primera vez en los Estados Unidos, en concreto en el Estado de California, en 1976 cuando se modificó el Código de Salud y Seguridad en los artículos 7185° y siguientes, en que se reconoce el derecho de la persona adulta sana de mente a dar instrucciones escritas a su médico (actual o futuro) para interrumpir o retirar procedimientos de mantenimiento de la vida ante una situación o enfermedad terminal[210]. El testamento vital, según la ley californiana, podía ser revocado en cualquier momento y tenía una duración máxima de cinco años, contados desde la firma del testamento. La validez de las llamadas instrucciones previas solo se refiere a los casos de interrupción del tratamiento (*eutanasia pasiva*) y no comprende de modo alguno los supuestos de eutanasia activa.

Las declaraciones vitales son actos jurídicos entre personas vivas y no actos mortis causa[211]. Debe distinguirse entre el tiempo de la declaración y el tiempo en la que esta surtirá sus efectos ya que por el hecho de que la declaración establezca unas pautas a la hora de morir, no se está ante un acto mortis causa.

Se alude en estos casos de un *cambio del objetivo de la terapia y la posibilidad de que se omitan acciones que prolongan la vida*. La objetivación de la voluntad del paciente no debe necesariamente ser obtenida cuan-

---

[208] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 21.

[209] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 211.

[210] Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 461.

[211] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 212.

do este se encuentre enfrentando de modo inminente la muerte, sino en particular cuando se halla en plenitud de sus fuerzas espirituales y anímicas[212].

La importancia del uso del llamado testamento eutanásico aparece en el momento que el paciente se encuentra en un estado de inconciencia[213], cuando por su situación no se encuentra capacitado para recibir una información plena o por el deterioro de sus facultades, no cabe esperar una decisión propia[214]. La validez se conserva en la medida que el documento revele una coherencia con el sistema de valores , creencia del paciente y su actitud ante la vida[215], en particular en el periodo anterior a la enfermedad o a la agudización de la misma. Por su parte, su eficacia está sometida a que la manifestación sea clara y lo suficientemente precisa y establezca un mandato concreto[216].

La declaración testamentaria como cualquier acto es revocable en cualquier momento. No se requiere para que surta efecto que la revocación sea expresa, ya que deben evaluarse las circunstancias y el contexto en la que se produce, determinando si el enfermo mantiene y persevera en su decisión anteriormente adoptada[217]. Asimismo, si hay defectos esenciales del acto que no reflejan la voluntad del paciente no hay formalidad que subsane dichas deficiencias[218].

---

[212] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 178.

[213] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 462 y ss.; BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 175; QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207.

[214] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 178, BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 175.

[215] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 462.

[216] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 212.

[217] Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 180.

[218] Cfr. KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 251.

La doctrina y jurisprudencia comparada enfatizan en la necesidad de adoptar una serie de cuidados y precauciones tanto al momento de suscribir el documento como a la hora de tomar en cuenta sus efectos, v. gr. que la declaración no haya sido revocada[219]. Se deben tomar todas las precauciones para determinar su seriedad y veracidad[220].

Las críticas que se dirigen contra los testamentos vitales destacan su inactualidad respecto a la voluntad del paciente[221], dado que la situación anímica y personal del declarante cambia cuando enfrenta de manera directa e inmediata un peligro de muerte. No es la misma situación vital cuando la persona se encuentra sana que cuando se halla en peligro de muerte[222]. Asimismo, se censura la libertad de asumir un subjetivismo interpretativo producto de las ambiguas expresiones que se plasman en dichos documentos[223]. El problema apunta no tanto a la validez de las cartas de autodeterminación, sino más bien a la modalidad de su emisión y de si es necesario o no una renovación periódica a fin de que pueda surtir los efectos deseados[224].

Sin embargo, se replica las críticas señalando que de no admitirse el testamento vital nunca será aceptada, en realidad, la petición o el consentimiento de la propia muerte, pues o bien se habrá otorgado en un momento en que la representación de la muerte es lejana y abstracta o porque la relación de medio y/o dolor vicia la voluntad[225].

---

219 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 465.

220 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 174.

221 Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 65; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 130.

222 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 101, quien recuerda que: «La doctrina italiana expresa una valoración negativa frente a tales declaraciones, juzgándolas inadecuadas en su intento de afirmar para el futuro, el derecho a rechazar los tratamientos terapéuticos y a determinar así la actividad del médico que decida atenerse a las mismas», VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 65.

223 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 97.

224 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 132; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 65.

225 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 175.

El testamento vital no tiene ningún valor en los casos que contenga una solicitud para la ejecución de la eutanasia activa[226], sin que ello mengüe o reduzca sus efectos atenuatorios en los casos concretos de homicidio a petición.

Excurso 2: El rol del familiar o los allegados al paciente. ¿Es posible que los parientes asuman la representación del enfermo?

Una posición mantenida por la ciencia médica y la doctrina comparada plantea que se conceda a un familiar, en caso de incapacidad del paciente, la facultad de consentimiento supletoria o que se le permita una intervención protagónica en el desenlace de la enfermedad. Se trataría de una **representación por nombramiento en temas de salud**[227]. Dicho representante no tiene por qué ser un abogado o un allegado. La validez de dicha tesis radica en que los familiares, o las personas más cercanas a los pacientes conocen mejor que nadie las vivencias, padecimientos y la decisión del enfermo. Incluso son y se sienten directamente afectados por la continuación o interrupción del tratamiento.

Sin embargo se objeta, con razón, que una decisión tan **personalísima** como es la continuación y/o interrupción del tratamiento no puede estar en manos de terceros[228] (familiares o no), sino en el propio paciente. En todo caso, los representantes legales o los familiares solo tienen facultad para consentir las intervenciones **favorables** al paciente y no las que se dirigen a perjudicar su salud o terminan acortando la vida[229].

Los parientes, en no pocas ocasiones, tienen intereses contrapuestos a los del enfermo, ya sea por que quieren la continuación del tratamiento cuando todo indica que el paciente desea lo contrario o porque sencillamente la muerte es deseada con el fin de alcanzar objetivos hereditarios o puramente económicos, hecho que demuestra palmaria-

---

[226] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 465.

[227] Vide KOCH, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», cit., p. 251.

[228] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 92.

[229] Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 95.

mente que el familiar no será precisamente un representante ideal[230]. Las relaciones familiares no garantizan una adecuada y óptima representación en la tutela de la vida y la salud del paciente[231].

Con todo, se reconoce que los familiares tienen el derecho a que se los escuche y se tome en cuenta su parecer en cualquier decisión que se adopte[232], sirviendo como indicador valioso acerca de la voluntad del paciente; empero la genuina capacidad de decisión debe ser negada y rechazada completamente, si es que se quiere respetar la autonomía de la voluntad y la voluntad del paciente como criterio rector decisivo en este ámbito[233].

4. La eutanasia precoz

Un problema de especial actualidad en la problemática de la eutanasia lo constituyen los casos de los recién nacidos con graves malformaciones que no tienen posibilidad de curación o de mejora[234], según el estado actual de la ciencia médica, v. gr. síndrome de displasia caudal[235], graves deficiencias en el metabolismo, niños extremadamente inmaduros cuya muerte es inevitable o los que padecen graves lesiones cerebrales[236]. La posibilidad de interrumpir el tratamiento no solo se da cuando hay un enfermo terminal o una vida agonizante, sino también cuando la vida de un niño comienza, luego del parto[237].

---

230 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 181.

231 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 96.

232 Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 207; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41.

233 Vide ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 181.

234 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 42; ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., pp. 36 y 37.

235 Vide ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 172.

236 Vide ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 37; ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 216.

237 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 192.

No solo se trata de neonatos que por su afección incurable pueden ser considerados como enfermos terminales, sino que comprende a los niños cuya supervivencia está vinculada a los procedimientos y aparatos propios de la medicina intensiva[238].

De entrada, debe quedar claro que lo que se discute aquí no representa un caso de eutanasia voluntaria o individual, en la medida que el recién nacido no tiene voluntad ni es posible averiguar su voluntad presunta; de allí que un sector de la doctrina penal haya resaltado la impropiedad del término eutanasia precoz[239]. Se trata más bien de casos donde la interrupción del tratamiento se resuelve recurriendo al estado de necesidad justificante, (sobre todo en los supuestos en los que el niño nunca alcanzará la conciencia) o de acuerdo con un juicio objetivo, los sufrimientos y/o padecimientos a los que se ve sometido el neonato son claramente superiores a la tutela de la vida[240].

No se plantean aquí las hipótesis de eutanasia activa directa[241], eugenésicas[242], de la eutanasia económica, profiláctica[243], y que son prácticas autoritarias, manifestación de un planteamiento contra la vida[244]. Tampoco se admiten los casos de deformidad, grave deformidad[245] o cualquier malformación estética[246]. Asimismo, se descarta

---

[238] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 232.

[239] Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 42; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 468.

[240] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 36.

[241] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 468.

[242] Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 36; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 94, considera que los casos de eutanasia eugenésica deben reconducirse a la calificación del asesinato.

[243] Vide MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 83.

[244] Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 60.

[245] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 172; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 469.

[246] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 93.

de esta problemática los casos de niños afectados de alguna enfermedad congénita, por más grave que esta sea, siempre que no acarree un sufrimiento insoportable y un peligro inminente para la vida v. gr. Síndrome de down[247].

De manera general, se afirma que se debe atender a lo que sea mejor para el recién nacido, desde un punto de vista objetivo. El tratamiento médico- quirúrgico a un niño ha de evaluarse jurídicamente según las posibilidades de obtener los objetivos sanitarios inherentes a la función médica como la mejora de la salud o mantener su vida. Si es posible alcanzar los objetivos médicos estará presente el deber jurídico de actuar[248]. En los casos de duda acerca del pronóstico deberá mantenerse la decisión a favor del tratamiento cualquiera que sea la naturaleza de este[249].

Se debe partir por reconocer que la propuesta y decisión a favor de la conservación de la vida del recién nacido es posible siempre que la sociedad se encuentre dispuesta a solidarizarse y asumir una posición de corresponsabilidad de las cargas que derivan de elegir dicha opción[250]. En esta ponderación debe tomarse en cuenta también la voluntad de los padres, ya que no se les puede imponer una carga insoportable[251] que puede, incluso, destrozarles la vida sin que por lo menos se los escuche.Así, debe valorarse el hecho que los padres como representantes legales de los hijos deberán actuar en su interés y beneficio[252]. Es importante tomar en cuenta de manera crucial el diagnóstico médico acerca de las posibilidades de sobrevivencia y de posibles sufrimientos.

---

247 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 466.

248 Loc. cit.

249 Cfr. KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 44: «Jamás puede el médico dejar morir sobre la base de una sospecha». ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 466.

250 Cfr. ROXIN, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», cit., p. 36.

251 Al respecto, ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 173. Con reservas: KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», cit., p. 43.

252 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 467.

Asimismo, se reclama que en los casos de eutanasia precoz no se debe incurrir en un autoengaño al pensar que solo se está ayudando al niño y se está combatiendo al dolor y al sufrimiento a costa de la vida. Por el contrario, se debe reconocer que también se está ayudando a la madre, a la familia y a la sociedad de un futuro difícil[253]. Esta advertencia debe llevar a diferenciar y a volver mucho más exigentes, en cuanto a sus requisitos, los casos de eutanasia precoz, diferenciándolos de los supuestos eugenésicos.

La doctrina penal plantea que no debe intervenirse a los niños recién nacidos cuando estos presentan *daños múltiples y el tratamiento solo produce sufrimiento, sin lograr estabilizar su salud*[254]. El departamento de salud y servicios humanos de los Estados Unidos ha establecido que no deben adoptarse sustento nutricional o tratamiento médico-quirúrgico a los recién nacidos cuando: a) se encuentra en coma crónico e irreversible; b) el tratamiento solo permite prolongar la vida, pese a que la muerte es inevitable; de tal manera que dicho tratamiento no pueda corregir la amenaza para la vida; c) el tratamiento sea inhumano según las circunstancias[255].

5. La eutanasia activa o eutanasia cualitativa[256]

Esta forma de eutanasia se comete tanto por el despliegue de acciones tendientes a privar la vida como también, pero excepcionalmente, por omisiones[257].

A diferencia de la demás clases de eutanasia en las que se interviene para paliar o eliminar los dolores del paciente o se omite continuar con el tratamiento, aquí la acción consiste en producir de manera

---

253 Cfr. ESER, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», cit., p. 193.

254 Por todos, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 470.

255 Loc. cit.

256 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 233.

257 Ibídem, p. 243.

directa la muerte de la persona que agoniza o sufre. Lo que aparece es un nuevo curso causal que, ya sea de manera independiente o sobre la base de la acción preexistente, genera de manera directa e inmediata la muerte del afectado[258].

Dejar de castigar los casos de eutanasia activa, (aun cuando se restrinja la vida de los enfermos terminales) significaría privar a la vida del valor ético-social que está presente en los miembros de la comunidad. Se crea la sensación que no se trata de un hecho éticamente reprobable[259].

La autorización de la eutanasia activa permitiría el establecimiento de un régimen sin escrúpulos que sería un buen mecanismo para prescindir de los indeseables[260], al margen de cualquier otra consideración objetiva o subjetiva. La legalización de la eutanasia supone el riesgo de incurrir en automatismos y en abusos reales tanto en el ámbito sanitario como fuera de él, generando en la comunidad y en las personas un sentimiento de desprotección[261].

Algunas voces plantean la legalización de la eutanasia siempre que se encuentre sometida a un serio control médico[262]. Sin embargo, se objeta que esta visión presenta la paradoja que por un lado no se permite que los ciudadanos maten y por el otro se faculta a que lo hagan los médicos. Por ello, se propone la instauración de comisiones para la interrupción voluntaria de la vida que tendrían carácter público y que estaría formado por los defensores de los pacientes, profesionales de la salud, abogados y profesional del mundo ético-social[263].

---

[258] Loc. cit.

[259] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 139.

[260] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 171.

[261] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 125.

[262] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 170.

[263] Cfr. QUELOZ, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», cit., p. 228.

El Estado debe preocuparse por asegurar la calidad de vida de las personas y luego de ello recién plantear el derecho de morir con dignidad[264]; de tal manera que la eutanasia solo es un problema de relevancia subsidiaria frente a los deberes primarios de aseguramiento de la vida y de su calidad.

IV. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN LEGAL

La regulación del homicidio a petición es una salida y solución intermedia entre la punición de cualquier modalidad de homicidio y la despenalización total de dichas acciones[265]. El legislador expresamente ha evitado guardar silencio ante una problemática actual, permanente y acuciante.

La eutanasia no solo responde al principio de respeto a la voluntad ajena y a la autonomía de la voluntad. También descansa en otros principios de indudable valor como los principios de humanidad, piedad y solidaridad humana[266].

El aspecto central del homicidio a petición no es el consentimiento del paciente –que si bien es un elemento importante no ejerce una fuerza decisiva–, sino el particular estado y situación personal de la víctima que sufre una enfermedad incurable que genera un contexto de sufrimientos insoportables[267].

El derecho a la vida no debe entenderse como un derecho ilimitado sobre la vida[268].

En el homicidio a petición existe una presión motivacional[269] por parte del médico, los familiares o los allegados que en algunos casos

---

264 Loc. cit.

265 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41.

266 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 273.

267 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

268 Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 223.

269 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 144.

está en condiciones de fundamentar una liberación de pena[270]. Incluso, puede llegar a tal extremo según sea el caso en la medida que la conducta eutanásica puede resultar de tal magnitud para el autor que haga inútil la necesidad de pena[271].

En el homicidio a petición existe un menor injusto y una menor culpabilidad del autor. En el primer caso, porque el paciente ha renunciado a la protección de la vida y en el segundo supuesto porque falta una actitud agresiva en el homicidio[272]. El legislador frente a una situación de sufrimiento que puede presentarse durante una enfermedad, se ha inclinado por la reducción de la sanción en la medida que hay una menor gravedad del hecho[273].

Sin embargo, al mismo tiempo con la sanción del homicidio a petición, la ley penal remarca la inquebrantabilidad de la prohibición de matar[274]. A diferencia de lo que sucede en las lesiones, el consentimiento no tiene en este ámbito fuerza justificante o enerva por completo la responsabilidad penal[275]. Como señala ESER: «*El paso de la vida a la muerte constituye una decisión personalísima que cada uno debe tomar por sí mismo, y en el cual otros no deben ser incluidos*»[276].

La eutanasia se diferencia del homicidio a petición dado que en aquella no es necesario que se produzca una petición expresa del paciente[277], v. gr., caso de pacientes en estado vegetativo, la eutanasia pre-

---

270 Cfr. ESER, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», cit., p. 227; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 144.

271 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 138.

272 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 172.

273 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 127.

274 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 172.

275 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 126; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 142.

276 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 173.

277 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 91. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 94; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del*

coz, etc. En efecto, la eutanasia posee un alcance mayor que el homicidio a petición, pues recoge supuestos que van más allá de la voluntad expresa del paciente[278].

El fundamento del homicidio a petición no reside en el respeto a la libertad del sujeto, porque de ser así se debería reconocer un derecho a la muerte de todos los seres humanos como si se tratara de un derecho general que no distingue la condición o la particular situación personal, v. gr. si se trata de enfermos terminales; si la persona es adulta o joven; si padece o no de una enfermedad incurable[279]. De tal forma que al considerarse un derecho, este podría ser ejercido tanto de manera individual como por *mano ajena*. A tal efecto solo se requeriría el simple consentimiento del sujeto.

Desde el punto de vista de una política criminal racional, la regulación del homicidio a petición debe descansar en la necesidad de comprobar aspectos objetivos como la condición de enfermos terminales, el respeto a la voluntad del paciente, la existencia de un grave sufrimiento más que ponderar elementos subjetivos como la existencia de móviles de piedad[280].

La rebaja y reducción de los marcos penales en el homicidio a petición evitan los excesos tanto de las penas desmesuradas como las absoluciones injustificadas[281], colocando el problema en un justo medio, de tal forma que se preserva el principio de la indisponibilidad de la vida con las exigencias preventivo-generales. No es conveniente llegar hasta la renuncia de la pena, ya que se estaría legitimando peligrosamente actos caracterizados por intervenciones arbitrarias y presididos por intereses espurios[282].

Derecho penal, cit., p. 60; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40. Sin embargo, no faltan quienes equiparan la eutanasia con el homicidio a petición: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 139.

278 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 94.

279 Por todos, MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 88.

280 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 139.

281 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 102.

282 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 74.

La sanción del homicidio a petición no tiene relación alguna con los sentimientos religiosos de la comunidad y la imposibilidad de controlar su práctica[283], pues la prevalencia de los sentimientos religiosos no tiene peso alguno debido a que el Estado peruano, según el texto constitucional, es un Estado pluralista y democrático[284].

V. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Autor

Se trata de un delito común[285] que puede ser cometido por cualquiera[286], ya pertenezca al ámbito sanitario o al entorno familiar[287]. La relación que media entre el autor con la persona es irrelevante: da lo mismo si la muerte es ejecutada por un médico, por una enfermera, un pariente o un allegado[288]. La ley no exige una condición o cualidad especial. La relación parental no ejerce afectos agravatorios[289].

El autor del homicidio a petición tiene el dominio del hecho[290] y la posibilidad de dirigir el curso causal. No es necesario que se encuentre en posición de subordinación o inferioridad respecto a la persona aquejada de una enfermedad incurable. Si bien actúa solo a petición expresa, mantiene el control y el poder de decisión final sobre la comisión o no del hecho[291].

---

283 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 96.

284 De modo semejante en el derecho español: SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 58.

285 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147.

286 Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 136; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 143.

287 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147.

288 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 159; ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 173.

289 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 143.

290 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 90.

291 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 95.

En el Derecho comparado se propone la necesidad que el legislador limite los supuestos de homicidio a petición exigiendo la participación de un *profesional del ámbito sanitario*-asistencial, en virtud de las especiales condiciones de garantía que debe presidir su aplicación en el caso concreto. De allí que se plantee la configuración de un delito especial[292].

2. La conducta típica

El delito de homicidio a petición se comete usualmente por diversas conductas comisivas[293] como la aplicación de inyecciones letales[294], sobredosis de medicamentos o drogas, etc. No es necesario que la acción típica no cause dolores al enfermo incurable o que este no sienta su muerte. La ejecución del hecho no tiene por qué coincidir con la noción de la eutanasia pura. La ley no establece algún requisito acerca de cómo debe realizarse el homicidio a petición, la forma o el procedimiento de matar. Por tanto, es indiferente la determinación acerca de si el enfermo incurable sufre o no como consecuencia del acto de matar. Se aceptan todos los medios idóneos para causar la muerte[295].

Asimismo, el delito puede cometerse tanto por acción como por omisión impropia[296]. En la comisión por omisión el verbo matar debe ser interpretado de modo adscriptivo, no de modo descriptivo, de tal manera que se atribuya comportamiento desde el punto de vista normativo. Ello supone que el autor debe encontrarse en una posición de garante respecto al bien jurídico «vida», ya sea por estrechas relaciones comunitarias (familiar cercano) o por asunción voluntaria (médico o profesional sanitario).

---

292 Por todos, VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 64.

293 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 136; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68.

294 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68.

295 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 143; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68.

296 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 136; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68. En contra: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 144.

3. La enfermedad incurable

Por enfermedad debe entenderse la alteración del normal funcionamiento del organismo humano que supone menoscabo a la salud, v. gr. efectos disfuncionales y minusvalías de cualquier clase. Por su parte, la referencia a enfermedad incurable alude a la persona que padece una lesión, enfermedad o minusvalía y que desde el punto de vista de la actual situación de los conocimientos médicos no existe posibilidad de curación y hay certeza, o por lo menos probabilidad, de que dicha dolencia persista por el resto de la existencia del paciente[297].

Una de sus características es ser **permanente**[298]; sin embargo, ello no implica que la enfermedad tenga siempre las mismas características o los mismos síntomas. Estos pueden modificarse, según su estado de evolución o pueden atenuarse los efectos periódicamente, ya sea de manera espontánea o por tratamiento médico[299].

La noción de enfermedad **incurable** debe evaluarse desde criterios objetivos y no subjetivos[300] y de la mano de la ciencia médica[301], según el estado de su evolución general, los conocimientos disponibles[302] en una determinada situación y escenario histórico. Se trata de un concepto

---

[297] *In extenso*, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 233.

[298] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 233; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 764; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146.

[299] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95.

[300] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 127.

[301] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68.

[302] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95

eminentemente **técnico-normativo**[303] que en la mayor parte de casos ha de ser resuelto por los peritos médicos[304]. Las coordenadas espacio-temporales poseen una importancia decisiva[305], ya que la condición de enfermedad incurable varía de época a época y su noción para determinada clase de enfermedad puede cambiar repentinamente.

La situación objetiva del paciente, como la enfermedad incurable, ejerce un peso e importancia semejante a la voluntad y solicitud expresa del paciente[306].

Pese a que la ley penal no lo señale expresamente debe tratarse de una enfermedad grave[307] que compromete y afecta de manera severa la calidad de vida de la persona o que produzca necesariamente la muerte o graves padecimientos difíciles de soportar[308]. Ello deriva de una **interpretación teleológica restrictiva**[309], pues no toda enfermedad puede justificar la eutanasia o la rigurosa atenuación de la pena.

En ese sentido, la idea central no tanto será una definición estricta de enfermedad, sino más bien la afectación grave y esencial de la calidad de vida derivadas, ya sea de cualquier proceso patológico o de un severo traumatismo, v. gr. accidente[310].

---

303 Sin embargo, no faltan quienes critican el empleo de fórmulas vagas e indeterminadas como la referencia la enfermedad incurable, vide JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 418; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 764. En contra de esta postura: BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., pp. 178 y ss

304 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146.

305 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 137; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 68; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 145.

306 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 76; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 63.

307 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 128; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95.

308 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44.

309 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 234.

310 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 763; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 63; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 137.

Sin embargo, debe evitarse el error de entender la enfermedad grave como si la ley solo abarcara los casos de enfermedad de necesidad mortal y las únicas personas comprendidas fueran los moribundos[311], o en los que existe certeza, a un cien por ciento, de que se lleve a cabo la muerte[312]. Si bien los principales usuarios de esta clase de infracción son los enfermos terminales, el ámbito de aplicación de la norma es mucho más amplio[313]. Basta que se trate de una enfermedad o dolencia incurable que genere sufrimientos graves a la persona y afecte de manera esencial su calidad de vida[314]. También se incluyen aquí los casos de enfermos crónicos que padecen una enfermedad incurable[315].

No creemos que solo se deba valorar que la enfermedad tenga raíces orgánicas[316] o patológicas[317] y se excluya la enfermedad de carácter psicológico. Si bien en la mayoría de supuestos nos encontramos con alteraciones somáticas graves que generan sufrimientos insoportables, es posible también que los padecimientos sean de naturaleza psicológica[318], v. gr., angustia y aflicción[319]. La ley, en este sentido, no lo impide ni veda dicha posibilidad.

---

311 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 148.

312 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 60.

313 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 763.

314 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 276.

315 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95.

316 Así: ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129.

317 Cfr. JORGE BARREIRO, «Homicidio y sus formas», cit., p. 417; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 763.

318 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 60; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 417; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 763. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146.

319 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 95.

En efecto, la finalidad del precepto es comprender los casos en los que hay padecimientos graves y difíciles de soportar que no son otras que aquellas situaciones penosas que revelan la ineficacia de la medicina moderna en cuanto a los tratamientos terapéuticos o de recuperación de la salud, v. gr. parapléjicos, tetrapléjicos, invalidez general por atrofia nerviosa[320], etc.

La ley pretende reflejar situaciones extremas que se ponderan objetivamente y en donde la persona no puede soportar los sufrimientos a las que se encuentra sometida o se halla ante un peligro de muerte inminente[321].

4. La solicitud expresa y consciente

La ley exige presupuestos estrictos acerca de los requisitos que debe cumplir la voluntad del paciente[322]. La petición debe ser **anterior** a la acción de matar[323], o en el mejor de los casos **simultánea**. No obstante, la norma guarda silencio especial en lo que atañe a los requisitos formales como puede ser la capacidad para consentir[324] a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la legislación italiana en que el consentimiento del homicidio a petición es relevante en la medida que la persona tenga más de dieciocho años[325].

Por **solicitud** debe entenderse la petición formulada por quien sufre la enfermedad incurable en el sentido que se le ponga fin a su sufrimiento insoportable. La referencia a la solicitud no se limita a remarcar la idea de que debe haber un requerimiento previo, sino que

---

320 Ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 276.

321 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 127.

322 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 96; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 27; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51.

323 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 69.

324 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 245.

325 Vide MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 96.

relieva la necesidad de que la **iniciativa** de pedir la muerte debe recaer directamente en el afectado. No basta con el mero consentimiento, la aceptación o la sugerencia de una propuesta ajena[326] o la actitud meramente pasiva[327]. Es necesario algo más: que la iniciativa parta del propio afectado[328]. No se trata, por ello, de un simple *homicidio consentido*, sino de un *homicidio a petición*[329]. Ello implica la clausura de acciones que determinen o promuevan la decisión que provenga de terceros[330].

Asimismo, la solicitud debe entenderse como una forma de *instigación* o determinación que se dirige a generar la decisión en el autor para que se mate a la persona que padece una enfermedad incurable y que lo solicita expresamente. En el homicidio consentido la causa determinante de la muerte debe ser la formulación de la solicitud expresa, aunque puedan concurrir otros motivos[331].

Los casos emblemáticos de homicidio consentido deben ser calificados y reconducidos al delito de homicidio simple[332] (artículo 106°) y no al homicidio a petición, en la medida que este delito tiene elementos estructurales que van más allá del mero consentimiento como son la *enfermedad incurable, los dolores insoportables y la petición expresa*. No todo homicidio en el que haya consentimiento puede subsumirse en el homicidio a petición[333].

---

326 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

327 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 144.

328 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 132.

329 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 90.

330 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 245.

331 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 132.

332 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 89. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 95.

333 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 94.

La solicitud debe ser **expresa**, siendo indiferente el canal o la forma de dicha solicitud[334], puede ser oral o escrita (instrucciones previas)[335]. No es necesario que se documente[336], aunque la doctrina recomienda dejar constancia a través de un medio adecuado y fehaciente de la voluntad dada la trascendencia jurídico-penal de dicho acto, v. gr. grabación audiovisual[337]. De no haber manifestación de voluntad expresa, no podrá aplicarse la figura del homicidio a petición[338].

Un sector de la doctrina no acepta la petición tácita o por actos concluyentes[339]. Sin embargo, una correcta lectura de la referencia legal a la *solicitud expresa* debe interpretarse en el sentido de exigir solo la concurrencia del lenguaje en general y no concretamente del lenguaje verbal, ya sea oral o escrito, pues la petición puede ser expresa también a través

---

334 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 763; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 417; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 64; BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 173; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 138.

335 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 97; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 133; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 60; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 65; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 84, que las acepta para el caso del suicidio, BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 174. Con dudas y escepticismo: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 76; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 417; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 65.

336 Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

337 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 173; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 133.

338 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 59.

339 Así: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 245; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 132; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 34; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 62; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 417.

de actos concluyentes inequívocos, los cuales son absolutamente compresibles en aquellos casos en los que la persona no ha perdido la conciencia, pero sí la capacidad de hablar, aunque no de comunicarse.

Pese a todo, una interpretación a contrario sensu de la ley lleva a concluir que se excluye de su sentido los supuestos de solicitud tácita[340] que no deben confundirse con la inequivocidad y claridad de los actos concluyentes. Tampoco se comprende las hipótesis de consentimiento presunto[341].

Junto al requisito que la petición sea expresa, la ley reclama que dicha solicitud debe llevarse a cabo en una **situación de conciencia**. El valor de este requisito reside en que excluye de manera paradigmática los casos de inconciencia[342] o aquellos otros supuestos en los que sencillamente el sujeto no presta ningún tipo de consentimiento. Sin embargo, deja sin respuesta los supuestos problemáticos en los que el sujeto tiene disminuida su conciencia por la enfermedad incurable que padece, los dolores insoportables que sufre o por cualquier otra causa. En esta hipótesis, lo único que corresponde verificar es si la persona mantiene márgenes adecuados de conciencia para comprender y valorar el acto que está solicitando y que se ejecutará en contra suyo, al margen de si su conciencia está debilitada que en caso ocurra, no invalida ni torna en ineficaz la solicitud planteada.

En tal sentido, la solicitud es válida y surte efectos aun cuando se exprese en situaciones momentáneas de depresión o desánimo[343], siempre que estas circunstancias sean transitorias y no perturben de manera grave la conciencia o la capacidad de autodeterminación[344]. No es

---

[340] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

[341] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 69.

[342] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147.

[343] Con valiosas observaciones: SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», cit., p. 83.

[344] En sentido distinto: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 142, quien exige que el consetimiento deba ser prestado con espontaneidad y gozando de todas las facultades mentales.

necesario que la solicitud y el consentimiento que realiza el agraviado se deba a móviles racionales[345], plenamente atendibles o que se ponderen positivamente desde un plano objetivo.

La ley peruana, como la mayor parte de legislaciones del Derecho comparado, no exige que la solicitud sea **directa e inmediata** entre el enfermo o paciente y el médico o familiar encargado de cometer el hecho eutanásico. Si bien nada obsta para que ello sea así, dicha situación permite que las declaraciones o testamentos vitales[346] puedan ser válidas, eficaces y desarrollar un valor probatorio ponderable, en la medida que cumplan con los requisitos formales y materiales.

Un sector de la doctrina sostiene que no es procedente ningún tipo de representación ni de mandato[347]. Sin embargo, en la medida que la norma penal no impone el requisito de que la petición sea **directa** es posible, desde el punto de vista del sentido literal y de la particular dinámica comisiva del delito, que pueda aceptarse casos de representación expresamente establecidos por el enfermo o moribundo y en donde el único problema decisivo es determinar el real contenido y límites del mandato. En tal sentido, es posible que la voluntad haya sido manifestada a terceros[348].

La petición debe ser concreta y específica[349] y debe despejar una duda e incertidumbre esencial. En tal sentido, se exige que la petición

---

345 De modo contrario, MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 96.

346 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44, quien, sin embargo, exige que: «el sujeto haya podido valorar con la máxima actualidad posible las circunstancias del caso».

347 Así: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 246; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 417; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 132; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 97; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 35.

348 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

349 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 134.

sea inequívoca, lo cual no quiere decir que no debe haber la más mínima duda[350]. Por ello, no debe ser indeterminada, ambigua o susceptible de varias interpretaciones[351]. No es necesario que se reitere o reproduzca por un periodo determinado; tampoco que coincida con el tiempo de la enfermedad o con la posible producción de la muerte.

La petición o el consentimiento debe ser válido y sin reservas; son indiferentes las formas o el modo que se expresa dicha petición[352].

La autorización debe tener como objeto la propia muerte. No es necesario que la petición sea permanente o insistente[353]. Basta que sea actual, efectiva y espontánea.

La solicitud debe asentarse sobre bases **fácticas y reales**, no ficticias o aparentes. El paciente o el enfermo incurable debe estar debidamente informado sobre su situación clínica, en lo que atañe al diagnóstico, pronóstico y las diversas alternativas de tratamiento[354]. A tal efecto, encierra un peculiar valor el estudio de las circunstancias en las que se emite la petición[355].

Las expresiones de desconsuelo, queja, desesperanza o lamento[356] de una persona gravemente enferma no pueden ser equivalentes al con-

---

350 Empero así: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 62.

351 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 276; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 134.

352 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 110.

353 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 134; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 138.

354 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 245; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 134; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 62.

355 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

356 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

sentimiento[357]. La simple transmisión del deseo de morir no es suficiente[358]. El autor puede presumir que el consentimiento anteriormente expresado persista en el momento en que él ejecuta el homicidio, más si la autorización pudo ser revocada anteriormente[359]. No es necesario que la víctima hasta el último momento controle la ejecución de su muerte[360]. Por último, no es preciso siquiera que lo controle o supervise.

No hay atenuación en los casos en que la muerte es ejecutada sin consentimiento o incluso contra la declaración expresa de la víctima[361].

En algunas legislaciones como la italiana se establece una edad (los 18 años) para plantear la eficacia del consentimiento. Asimismo se exige no estar afectado de una enfermedad mental o por una simple deficiencia psíquica[362].

Creemos que solo es necesaria una **capacidad natural de juicio**[363], siempre que se comprenda la trascendencia y consecuencias del acto que se solicita. Es indiferente si existe o no una deficiencia psíquica o un deterioro de las facultades mentales; de otro modo serían verdaderamente inimaginables los casos prácticos de homicidio a petición, en los que por los especiales y cruentos dolores del enfermo es difícil esperar que haya una plena conciencia o el uso íntegro de sus facultades mentales para pedir o autorizar que se le quite la vida.

5. Para poner fin a sus dolores intolerables

Uno de los aspectos fundamentales del homicidio a petición deriva de la exigencia de que la muerte (homicidio) del paciente debe inspirarse

---

357 Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 111; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

358 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 138.

359 De modo distinto: SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 111.

360 En contra: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 144.

361 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 174.

362 Vide SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 113.

363 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 135; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

en el deseo de poner fin a los dolores intolerables o insoportables. La enfermedad incurable es una condición necesaria pero no suficiente en el homicidio a petición, es necesario que existan **dolores insoportables**[364]. El homicidio aparece así como el medio idóneo o el camino que permite acabar con los sufrimientos del paciente o el aquejado de la enfermedad incurable.

Si bien por lo regular al autor le consta personalmente la enfermedad incurable y los dolores insoportables, no estamos ante un requisito del tipo. Puede haber sido informado por un tercero o haber tomado conocimiento de dicha condición por otros medios y fuentes[365].

La importancia de los *dolores intolerables* en la dogmática del homicidio a petición es de tal magnitud y valor que si no concurren o no llegan a probarse que existían en el caso concreto no procede la atenuación de la pena. La norma no requiere que el homicidio sea el único y exclusivo camino para justificar la atenuación de esta infracción, pues de haber sido así el Estado estaría instaurando el homicidio como medida terapéutica y como una medida de lucha contra el dolor y no tendría sentido que se imponga una sanción, toda vez que lo correcto hubiera sido una exoneración de responsabilidad. De allí que lo correcto sea comprender en términos amplios y razonables la formulación del precepto en el sentido que el homicidio se produce con el fin de concluir con los dolores insoportables de la persona.

Por tanto, no es posible que se exija que la muerte del paciente sea la **última medida y recurso** para acabar con sus dolores insoportables, ya que no solo este presupuesto no se encuentra en la ley, sino que aparece como una medida deshumanizadora y contraria al sentido de solidaridad y piedad de la norma.

No es indispensable tampoco que los dolores –o en una mejor precisión: el sufrimiento– se encuentren en relación directa o sea una causa inmediata de la enfermedad incurable que padece el paciente[366]. Ello por

---

[364] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 137; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146; VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 69.

[365] En contra, SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 146.

[366] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 145.

dos razones fundamentales. En primer lugar, por que se estaría limitando la aplicación del precepto de manera injustificada a los casos de las enfermedades que causan de manera natural dolores, dejando de lado la regulación legal que solo alude a una enfermedad incurable. En segundo lugar, debido a que desde el punto de vista médico la enfermedad incurable no necesariamente puede producir dolor, pero el sufrimiento puede derivar del contexto eutanásico en el que se encuentra sometido la persona[367].

La referencia a que se den dolores intolerables debe interpretarse en un sentido teleológico funcional y no restringido a los estrictamente **físicos u orgánicos**. Por tanto, se debe desbordar el estrecho margen semántico de la ley que es demasiado limitativa[368]. También comprende los **padecimientos y sufrimientos psicológicos**[369] que pueden ser muy graves y duros y alterar de manera esencial el proyecto de vida de una persona y la autoreferencia de sí mismo, v. gr. tetraplejia.

El padecimiento o los dolores deben recaer en la persona afectada por la enfermedad incurable y no en sus familiares o en terceros[370]. La valoración de los dolores intolerables deben tener una referencia **subjetiva concreta**[371], pero siempre y en cada caso dichos dolores deben ser **reales**[372]. La ley penal establece con claridad que el sufrimiento debe ser personal y como consecuencia de una enfermedad incurable. La determinación de los dolores intolerables necesariamente debe estar sometida a criterios de valoración concreta, según el caso particular, relacionado con la situación especial de la persona aquejada por la enfermedad incurable. No es correcto reparar únicamente en parámetros objetivos.

---

367 Sobre el contexto eutanásico: BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

368 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 137.

369 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44.

370 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 764; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 129; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 96.

371 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 145.

372 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 179.

La regulación peruana del homicidio a petición es altamente insatisfactoria, pues prácticamente establece la sanción por homicidio simple, asesinato o parricidio en aquellos casos que no se esté frente a dolores insoportables. Se olvida que por los avances de la anestesiología pocos son los dolores que no pueden ser calmados o mitigados[373]. Científicamente es posible afirmar que se puede vivir sin sufrimientos insoportables[374]. En tal sentido; se afirma que casi no hay algún dolor que tenga que ser suprimido a través de la muerte del paciente[375] y que la no necesidad de la eutanasia llegará cuando la medicina haya encontrado la manera de poner fin a los sufrimientos[376]. De allí que deben interpretarse los dolores como referidos a los sufrimientos y en sentido amplio al contexto eutanásico.

La existencia o no de sufrimientos insoportables dependerá en buena medida de la evolución y el estado en la que se encuentra la **anestesiología**[377]. Algunos autores consideran que el desarrollo y progreso alcanzado en la denominada ciencia del dolor lleva a afirmar que se ha vencido a los dolores insoportables[378]. En muchos hospitales de países desarrollados existen unidades del dolor dedicadas al tratamiento del mismo en casos extremos[379].

VI. TIPO SUBJETIVO

El homicidio a petición puede cometerse en cualquiera de las variantes y posibilidades de dolo admitidos por la doctrina, llámese dolo directo[380], dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual[381]. El cono-

---

373 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 190.

374 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 92.

375 Por todos, ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 190.

376 Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 188.

377 Cfr. ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 197.

378 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 92.

379 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 430.

380 Aceptan solo el dolo directo: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 92; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 148.

cimiento del sujeto debe alcanzar a todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo como es: a) matar a un enfermo incurable; b) la solicitud expresa y consciente; c) para poner fin a sus dolores incurables. En tal sentido, el autor debe conocer de la situación personal o el estado de la víctima[382].

El mayor campo de problemas que se presenta en la fijación de la tipicidad subjetiva del delito reside en la determinación del conocimiento de lo que la ley llama **enfermedad incurable**, pues difícilmente el profano –salvo que tenga conocimientos de medicina o posea una valiosa información previa– podrá saber si la enfermedad que aqueja a la víctima –generalmente familiar o allegado suyo– es incurable. Evidentemente, serán los médicos tratantes los que determinen si se está o no ante una enfermedad incurable, de tal manera que el autor podrá ampararse en un error de tipo, alegando desconocer que se trataba o no de una enfermedad incurable.

El tipo penal tiene un elemento subjetivo especial de tendencia interna trascendente[383].

Si el autor mata al enfermo incurable y sometido a dolores insoportables, sin que medie la correspondiente solicitud, se estará, según el caso, ante un homicidio simple o ante un asesinato[384]. No podrá alegar error de tipo, pues ni hubo consentimiento ni solicitud del enfermo para que se acabe con su vida. Sin embargo, se puede reducir su responsabilidad acudiendo a la idea de la inexigibilidad u otra circunstancia atenuante[385]. Un caso distinto ocurre en el supuesto que el autor no conociera en el momento de ejecutar la acción que la víctima formuló una petición para que se la mate. Aquí

---

381 Descarta expresamente el dolo eventual: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64.

382 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 138.

383 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 70.

384 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 77; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 91.

385 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 136.

el autor cometerá un homicidio putativo debiéndosele imponer la pena del homicidio a petición[386].

VII. CULPABILIDAD: EL MÓVIL DE PIEDAD

La exigencia del móvil de piedad supone la introducción de criterios político-criminales que refuerzan la idea de una menor culpabilidad en la conducta del agente[387], al menos si se la compara de manera general con la comisión regular de los delitos de homicidio simple, asesinato y parricidio[388]. Desde el punto de vista de una interpretación teleológica no es indispensable que el único y exclusivo móvil del homicidio a petición sea la piedad, en el sentido cristiano o religioso de la palabra. También ingresan aquí los móviles de solidaridad, compasión y misericordia[389].

Lo importante, si se persigue armonizar la regulación de esta clase de homicidio con la Constitución, es que el móvil tenga una valoración positiva social y que sea compatible con el sentido de la regulación (como es acabar con los dolores insoportables) sin que medie como factor preponderante un móvil egoísta[390].

Sin embargo, la pureza de la intención dictada por la compasión no constituye por sí misma causa de exención de la pena[391], si es que no concurre de manera obligatoria la enfermedad incurable, los dolores insoportables y la petición de la víctima.

No es necesario que el autor del hecho sufra o padezca física o psicológicamente por la enfermedad incurable o los dolores insoportables de la víctima[392]. Tampoco es necesario que se constate un daño

[386] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 275.

[387] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 71.

[388] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, cit., p. 96.

[389] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 143.

[390] Loc. cit. SALINAS alude que «son aquellos despiadados y temibles los merecedores de alguna penalidad».

[391] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 159.

[392] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 71.

psicológico y/o emocional en el autor del hecho, en la familia o en las personas afines; o que obre por ímpetu de dolor[393]. Si bien normalmente ello ocurre, dicha característica no es un elemento del tipo. Basta que obre movido por un móvil de piedad que debe interpretarse en clave constitucional y social y no desde la perspectiva religiosa[394] .

Asimismo, no se exige que el autor del hecho obre turbado emocionalmente o se encuentre inmerso dentro de una causal de alteración de la conciencia[395]. En todo caso, de llegar a concurrir junto a la atenuación propia del homicidio a petición deberá aplicarse una atenuante genérica como es la semiimputabilidad.

En algunos países es irrelevante en la atenuación los motivos del autor[396]. Da lo mismo si mata por conmiseración, por lograr una herencia o si se actúa por un móvil egoísta o insolidario[397]. Sin embargo, se llega a afirmar que «*las nociones de compasión y piedad están integradas indisolublemente a la lógica interna de la norma*»[398]. Los móviles ejercen cierta influencia, por lo menos, en la fase de determinación judicial de la pena en cuanto determinan una mayor o menor gravedad[399].

Se reconoce que desde el punto de vista probatorio es muy difícil distinguir el móvil altruista de curar de cualquier otro móvil egoísta[400].

La presencia de una motivación completamente distinta al móvil de piedad en esta clase de homicidio –o de la consideración positiva del móvil, según las valoraciones del ordenamiento jurídico– no solo

---

393 De modo distinto: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147.

394 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 147.

395 En contra: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 147.

396 Vide ESER, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», cit., p. 173.

397 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 127.

398 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 186.

399 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 422.

400 Cfr. MANTOVANI, «El problema jurídico de la eutanasia», cit., p. 93.

excluye la aplicación del homicidio a petición, sino que puede llevar a la calificación de la conducta como asesinato o en el mejor de los casos a la consideración de un homicidio simple con una posible valoración negativa de los móviles en sede de la determinación judicial de la pena[401]. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en los que se mata guiado por un fin económico (hereditario)[402], por el solo hecho de no mantener la carga que supone cuidar o velar por un paciente agobiado por una enfermedad incurable[403] o por haber sufrido un revés amoroso[404].

La crítica que se dirige a la exclusiva regulación del móvil pietístico en la eutanasia es que el proceso de formación de la voluntad no puede generar un contrainterés o un factor de ponderación respecto a la calidad de vida de la víctima, su condición de enfermo terminal, ni puede fundamentar por sí solo una situación de no reprochabilidad o de reprochabilidad menor[405].

VIII. PARTICIPACIÓN

La doctrina penal admite la posibilidad de participación de terceros en el homicidio a petición[406]. Tal fenómeno ocurre, por ejemplo, cuando el autor (quien ejecuta la muerte) es ayudado por un tercero quien, por ejemplo, le proporciona los medios para que mate al enfermo incurable o le aconseja acerca del mejor procedimiento para causar la muerte sin producir dolor.

401 Vide MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 77.

402 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Delitos de homicidio*, cit., p. 71.

403 Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 143.

404 Cfr. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», cit., p. 186.

405 Vide SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 138.

406 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 92.

CAPÍTULO IX
INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO

Artículo 113°.- Instigación o ayuda al suicidio

«El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta».

I. GENERALIDADES

El suicidio es un problema y controversia que más allá de la importancia jurídico-penal, posee diversas aristas y una serie de preocupaciones en la órbita de la ética[1], la filosofía, la psicología y la religión[2]. Ello se debe quizás, entre otras razones, al particular y humano interés que despierta la autodestrucción de la vida que atenta contra el instinto de conservación. Ya no estamos ante el acto de matar a otro, sino más bien ante el acto de matarse uno mismo y el posible contexto de participación de terceros en dicho acto.

---

1 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y ayuda al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 275; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 43.

2 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 149.

Desde el punto de vista *filosófico*, la mayor parte de corrientes del pensamiento se inclinan por considerar al suicidio como un acto irracional de indiscutible ilicitud. Sin embargo, un sector minoritario se inclina por reivindicar al suicidio estimándolo como un acto supremo de libertad moral que representa la supremacía del espíritu sobre la materia, independientemente de los motivos que llevan a realizarlo.

Desde el punto de vista *religioso*, el suicidio se considera como un ilícito por casi todas las religiones y credos confesionales del mundo. Por ejemplo, y solo para adoptar el ejemplo más paradigmático de la religión cristiana se reputa que el hombre es responsable de su propia vida ante Dios quien se la ha concedido y de la cual no es propietario, sino solo administrador. El suicidio no solo es un acto que desconoce la autoridad de Dios sobre la vida; es algo más: demuestra una falta de amor consigo mismo y con el prójimo, que rompe todo vínculo social y humano[3].

Igual ocurre en el plano *ético y moral*, aun cuando se reconoce la existencia de casos límite en donde es muy difícil de pronunciar un juicio de desaprobación[4].

Desde el plano *psicológico*, se distingue entre las diversas formas de suicidio: a) el *suicidio liberador o defensivo* que surge como un mecanismo de protección frente a las dificultades de la vida; b) el *suicidio expiatorio* que aparece portando una necesidad de castigo y que se asocia a sentimientos de culpa provenientes del super yo, un valor ético o interés colectivo; c) el *suicidio agresivo* que manifiesta una tendencia violenta, ya sea contra terceros, contra la colectividad o una autoagresividad; d) el *suicidio autoinmolador* en el que concurre un propósito de sacrificio o de devoción a una persona o grupo[5].

---

[3] Cfr. MANTOVANI, Ferrando, «Sobre el problema jurídico del suicidio», trad. Jesús Martínez Ruiz, en ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 69.

[4] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 275.

[5] Ampliamente, MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., pp. 77 y ss.

Asimismo, desde la perspectiva del psicoanálisis, el suicidio es un homicidio disfrazado en el que se desea encontrar una vía de escape para descargar la agresividad y odio contra una persona, de tal manera que si la energía agresiva no puede encontrar descarga en un tercero se vuelve contra uno mismo[6].

El suicidio constituye un hecho que, por la consumación de la muerte, es de imposible castigo por el Estado[7], dado el carácter personal e intransferible de la responsabilidad penal que supone que para imponer una pena la persona esté viva. Por su parte, la tentativa de suicidio es un acto impune en la mayoría de legislaciones del mundo. Incluso, en países como Inglaterra en donde se castigaba la tentativa de suicidio hasta 1961, luego de la reforma legal correspondiente constituye un acto impune[8].

Sin embargo, esta situación dista de modo drástico con el tratamiento del suicidio a lo largo de la historia de la humanidad y cuya característica esencial era ser un acto reprobado, un mal[9] que se sometía a una sanción sumamente dura. Así, por ejemplo, se postulaba el ahorcamiento del cadáver, la privación de la sepultura eclesiástica, la confiscación de los bienes y, en general, la imposición de severas penas a quienes intentaran suicidarse.

Recién con la irrupción de la Ilustración es que el suicidio y la tentativa de suicidio son excluidas del elenco de delitos, ya que era imposible una represión eficaz[10]. Pese a todo, gran parte de legislaciones del Derecho comparado junto con la ausencia de punición del suicidio conservan la represión de la instigación y ayuda al suicidio.

---

6 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 275; MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., p. 78.

7 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derèchо penal. Parte especial*, cit., p. 63; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 95; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 44.

8 Vide RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 64; GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 276; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 250.

9 Vide QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 19.

10 Vide MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., p. 71.

En el Perú, los diversos códigos Penales no han llegado a sancionar con pena criminal la tentativa de suicidio. Solo se ha llegado a criminalizar –con diversas formulaciones típicas– las formas de participación en el suicidio: instigación y complicidad.

En la legislación peruana derogada se reconoce la influencia directa, en la configuración de la instigación y ayuda al suicidio, del Derecho suizo. Por su lado, el Código Santa Cruz y la legislación posterior acusa una notable influencia del Derecho español[11].

De no existir un precepto como el contenido en el artículo 113°, **la participación en el suicidio** sería un acto completamente impune, al no estar prohibido de manera expresa –y menos castigado como delito– el acto de suicidio[12].

El castigo de la instigación y ayuda al suicidio se explica debido a que los comportamientos de inducción hacia este acto son capaces de crear riesgos que finalmente desencadenan el resultado, situación que la norma pretende evitar al prohibir y castigar dichas conductas[13]. Asimismo, se debe a que el suicida refleja, por lo general, un **conflicto personal severo** que es agudizado y llevado al límite por la persona que instiga o ayuda a dicho acto. Su sanción no tiene que ver con el hecho de si el suicida es o no un enfermo[14]. En tal sentido, se afirma que la intervención del Derecho penal busca frenar los abusos que po-

---

[11] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 142; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 235.

[12] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 39; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 97; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 410; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 43; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 19; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 64. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 142; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 149.

[13] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 249.

[14] Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 96.

drían cometerse en el contexto y en la ejecución del suicidio[15]. El legislador peruano –como muchos otros legisladores del derecho comparado– no ha querido intencionalmente que la impunidad del suicidio alcance a quienes participan en él[16].

II. ¿EL SUICIDIO ES UN ACTO ILÍCITO?

Respecto a la consideración del suicidio como un acto ilícito o no, pueden encontrarse, en un esfuerzo de síntesis tres grandes posiciones. Veamos:

1. El suicidio como un acto lícito[17]. Su manifestación como acto de libertad

Este punto de vista parte de la tesis de que el ordenamiento jurídico solo tiene la obligación de regular las relaciones entre los miembros de la sociedad con el fin de asegurar la convivencia pacífica; de tal modo que la protección de los bienes jurídicos solo debe abarcar la prohibición de agresiones o ataques externos a la vida humana, careciendo de relevancia la conducta de los titulares del bien jurídico[18]. La prueba de que el suicidio es un acto lícito se encuentra en que no está penalmente castigado[19]. En algunos casos se parte de la consideración del bien jurídico como relación social para sostener, luego, que el suici-

---

[15] De modo distinto: SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 45.

[16] Vide RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 64.

[17] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 95; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 750; SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 120; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 45; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 19; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 53, quien lo considera un acto libre y jurídicamente no desaprobado y luego afirma que el «*acto de suicidio es expresión del ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado*». En doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 150, quien alude al ejercicio legítimo de un derecho por parte de su titular.

[18] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 120.

[19] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79.

dio no es un ataque ni agresión a un tercero, por lo que no constituye un injusto penal[20].

El Estado, bajo esta lógica, solo está legitimado para intervenir frente a actos externos que lesionan los bienes jurídicos de terceros y no ante actos que realizan los propios titulares de estos bienes. Se afirma que una cosa es que el Estado considere irrelevante el consentimiento de una persona para la lesión del bien jurídico de un tercero y otra muy distinta es que no se reconozca al titular la posibilidad de lesionar sus propios bienes.

La falta de eficacia excusante del consentimiento no resta valor a la autonomía personal. Ello se probaría con el hecho de que la mayoría de ordenamientos jurídicos a la vez que castigan, por ejemplo, el homicidio a petición o las lesiones consentidas no establecen sanción alguna para los casos de autolesión o el consumo de sustancias (estupefacientes o alcohólicas) que resultan perjudiciales para la salud.

Se llega a afirmar que es contraria a la Constitución cualquier disposición legal que prohibiera el suicidio o que sancionara el suicidio frustrado u otra acción u omisión realizada por el propio titular[21].

Según se afirma, hay dos maneras de encarar la muerte: dominarla o sufrirla. El suicido consciente es el único acto auténtico de libertad del hombre[22].

Esta postura rechaza la distinción entre la ilicitud del suicidio, y la absoluta permisión a modo del ejercicio legítimo del derecho de una persona a dejarse morir, en el sentido de rechazo a adoptar un determinado tratamiento o desistir de su continuación, dado que ambos aspectos son expresión de la facultad de autodeterminación del ser humano. En efecto, el derecho a morir con dignidad y la facultad de suicidarse

---

[20] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

[21] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 106.

[22] Cfr. GONZALVEZ, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», cit., p. 162.

expresan el respeto a la voluntad de la persona que no posee limitación alguna[23]. Hay aquí una conexión entre el derecho a la vida y la libertad de autodeterminación de la persona[24]. En tal sentido, se llega a sostener que: «*El suicidio es un acto lícito porque –por su dramatismo existencia – representa la manifestación extrema de la personalidad moral del hombre y, por lo tanto, de su libertad*»[25].

Plantear la licitud del suicidio lleva a optar por una alternativa; o bien se consideran impunes todas las formas de participación y no se castigan la inducción y la complicidad; o bien se estima que en la toma de decisión de suicidarse y en su ejecución no deben intervenir terceros, por lo que deben sancionarse los actos de inducción y complicidad[26].

La tesis que considera la licitud del suicidio, ya sea como libertad de hecho (libertad fáctica) o como un acto indiferente para el Derecho, está sometida a una serie de objeciones y a una valoración negativa de sus efectos, por ser contraria al orden de valores fijado en la Constitución y a la armonía y concordancia que debe existir en el respeto a los derechos fundamentales.

Un breve repaso de la posición que plantea la licitud del suicidio supone: a) proclamar la absoluta licitud de todos los actos de instigación y ayuda al suicidio que es ejecutada por terceros; b) se debe asumir también como acto permitido (lícito) el suicidio cometido por mano ajena: el homicidio a petición; c) debe asumirse la licitud del comportamiento de que cualquier persona pueda matar, exigiendo solo que el sujeto preste su consentimiento; d) no es necesario que la persona que quiere morir se encuentre en una situación existencial conflictiva o que concurra una circunstancia especial, v. gr. enfermedad grave, sufrimiento insoportable, etc.[27]. Basta que exprese su consentimiento y conformidad para que se entienda que el acto es lícito.

---

[23] Cfr. SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 126.

[24] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 19.

[25] SEMINARA, «La eutanasia en Italia», cit., p. 127.

[26] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79.

[27] Ampliamente, MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., p. 78.

Se afirma que si el suicidio es un acto lícito no llega a explicarse de manera suficientemente razonada el por qué de la punición de la inducción y ayuda al suicidio[28].

2. El suicidio como un acto ilícito

La estimación del suicidio como acto ilícito deriva de la prohibición general de matar y del carácter indisponible del derecho a la vida, prescripción que se dirige tanto a los terceros como a los titulares de dicho derecho. La inderogabilidad del derecho a la vida alcanza su prueba de fuego más importante cuando la propia persona quiere producir su propia muerte. La impunidad del suicidio no equivale a la licitud del hecho, sino únicamente a falta de tipicidad, dado que el Estado protege la vida humana con independencia de la voluntad de vivir que tenga el ser humano[29]. Se trataría de una **ilicitud impune**[30].

La prohibición jurídica del no matar se dirige a todos los ciudadanos sin excepción alguna y comprende también a los titulares del derecho a la vida. Sería una contradicción valorativa que se prohíba matar a otro y se permita matar a uno mismo.

Una valoración conjunta del ordenamiento jurídico permite concluir, a los que se afilian a esta tesis, que el derecho a la vida posee un lugar y jerarquía indiscutible entre los derechos fundamentales que conduce a prohibir todo atentado, ya sea de un tercero o del propio titular. Asimismo, una elemental interpretación sistemático-teleológica de la regulación del delito de instigación y ayuda al suicidio conduce a aseverar que no tiene ningún sentido y menos coherencia jurídica reprimir estas formas de participación si el suceso principal (el suicidio) fuera lícito[31]. Solo la consideración del acto suicida como ilícito legitima la punición de la instigación y la complicidad al suicidio.

---

[28] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 250.

[29] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 64.

[30] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 242.

[31] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», en *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 187.

3. El suicidio como un «acto jurídicamente tolerado»

Un sector de la doctrina penal comparada considera que el suicidio se incorpora dentro de la clasificación de **actos jurídicamente tolerados** que de partida son acciones jurídicas y socialmente disvaliosas, que solo son impunes cuando se realizan directamente por el sujeto afectado y, por la lesividad que encierra se castiga tanto cuando se ejecuta por mano ajena como cuando hay una actividad promotora de los mismos[32].

Los actos jurídicamente tolerados se ubican en una **zona intermedia** entre los actos lícitos y los ilícitos. Son ejemplos de actos tolerados: el ejercicio de la prostitución, el uso de sustancias estupefacientes. En el caso de la prostitución son castigados los actos colaterales como la trata de blancas, el rufianismo, etc.; mientras que el uso de sustancias prohibidas pasa por la dura represión de las actividades que favorecen su consumo al sancionarse la producción, comercio, distribución y venta.

La clasificación del suicidio dentro de los actos jurídicamente tolerados se insume en una más amplia división que distingue entre actos lícitos, actos ilícitos y los actos jurídicamente tolerados. Los actos lícitos se subdividen a su vez en: a) actos *debidos* que se estiman necesarios por el interés general (v. gr. pago de impuestos, cumplimiento de un deber); b) actos *garantizados* al considerarse socialmente útiles (v. gr. Libre iniciativa económica, tráfico viario, etc.); c) actos permitidos que suponen la lesión autorizada a bienes jurídicos. Por su lado, los actos ilícitos están prohibidos por afectar, sin autorización, intereses socialmente valiosos[33].

III. SUJETO PASIVO

El suicidio es un delito en el cual el sujeto pasivo de la instigación y ayuda al suicidio es la propia persona que se quita la vida[34]. El bien

---

32 Vide MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., p. 73.

33 Ampliamente, MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», cit., pp. 73 y ss.

34 Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46.

jurídico protegido es el mismo que se protege en los demás delitos de homicidio.

En la doctrina comparada, especialmente en la italiana y en un sector de la española[35], se diferencia correctamente entre el sujeto pasivo del delito en mención y la condición de **perjudicado**. Se señala que en la instigación y ayuda al suicidio quien se mata a si mismo no puede considerarse como agraviado o perjudicado, ya que el consentimiento de la muerte implica la aceptación del daño y la renuncia a la indemnización.

IV. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en la instigación y ayuda al suicidio es la vida humana, aun cuando su titular haya renunciado a su protección[36]. Sin embargo, al objeto de protección (vida humana) se le debe añadir un elemento decisivo: que la persona posea capacidad natural de juicio que le permita ser conciente de la disposición personal de su vida (*ut infra*).

La particularidad de esta figura penal, en relación con los demás tipos penales que integran el homicidio, es que en el suicidio existe la voluntad de morir, de parte del sujeto pasivo[37].

En el ámbito de discusión del bien jurídico, la instigación y ayuda al suicidio constituye un argumento indispensable de análisis, la determinación de si existe o no un derecho a la disponibilidad de la propia vida:

1. La vida como bien jurídico indisponible

Según un sector dominante en la doctrina penal la interpretación constitucional del derecho a la vida debe llevar a afirmar la indisponi-

---

[35] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 258.

[36] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 64; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 253.

[37] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 98.

bilidad de este derecho[38], ya sea frente a las agresiones de terceros o frente a los comportamientos de autoeliminación. No hay, ni se puede reconocer, un derecho del titular de suprimir su vida, o a matarse, del mismo modo que se considera irrelevante el consentimiento dirigido a terceros para que realicen actos de matar.

Solo los comportamientos de homicidio consentido son objeto de represión penal y no los casos de suicidio consumado o suicidio frustrado, ello se debe de manera paradigmática más a razones de política criminal[39] que a razones de coherencia sistemática. El hecho que no se castigue a una persona que ha intentado suicidarse responde no tanto a una valoración positiva de dicha acción o a una ponderación de licitud; se debe más bien a criterios pragmáticos y de eficacia de la persecución penal: mayores serían los problemas que las ventajas que se obtendrían[40]. Los efectos preventivo- especiales[41] (y generales[42]) de la pena que redundan en la órbita del suicida frustrado son prácticamente nulos y sumamente peligrosos, ya que se llega a desarrollar un efecto criminógeno al agudizar el conflicto existencial, previo y paralelo del suicida[43]. Por otro lado, se sostiene que la intromisión estatal, en el castigo del suicidio, implica un atentado a la persona y una tendencia a despersonalizar y desubjetivizar al sujeto[44].

---

38 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30.

39 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 171; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 95; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152.

40 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

41 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 25; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 95.

42 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 63; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 250; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

43 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 171; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152.

44 Por todos, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

Según se afirma, la interpretación del artículo 113° del Código penal permite, a contrario sensu, deducir que si el suicidio es un acto impune no debe llevar a adoptar la conclusión de que es un acto permitido y que la vida, por tanto, es un bien jurídico disponible. En realidad, en el suicidio habría un indiscutible merecimiento de pena, pero faltaría la necesidad de ella.

Por su parte, el castigo de la participación y ayuda al suicidio demuestra que en estos casos concurre tanto el merecimiento como la necesidad de pena. Asimismo, dicha regulación es consecuencia de aplicar las reglas de la accesoriedad de la participación[45].

Si bien el derecho a la vida, constitucionalmente regulado, supone que el Estado asuma dos clases de deberes: el de **respetar** la vida humana y el de **protegerla** de las agresiones de terceros[46], resulta incuestionable que una ponderación del derecho a la vida con otros derechos fundamentales, en concreto con el derecho a la libertad, arroja como resultado de que la libertad no se encuentra por encima y en una situación de primacía respecto al derecho a la vida, más aún si esta es la base y el sustento de los demás derechos.

El derecho a la libertad no contiene la libertad para matarse. Por otro lado, el libre desarrollo de la personalidad resulta difícilmente compatible con una supuesta facultad de eliminar la vida, más aún si este libre desarrollo solo se entiende en la medida en que haya vida[47]. No hay libre desarrollo de la personalidad en la muerte[48]; por el contrario, hay interrupción y eliminación de dicho desarrollo.

---

[45] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64.

[46] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», cit., p. 63.

[47] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 189.

[48] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 112; LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 189.

2. La vida como bien jurídico disponible

Frente a la posición anterior coexisten planteamientos que sostienen la naturaleza disponible del derecho a la vida, distinguiéndose matices y divergencias entre los mismos[49].

Un primer grupo de autores reconoce, de modo general, el carácter disponible del derecho a la vida, pero solo para sus **titulares**. Para los terceros rige la prohibición de matar, ya sea negando o limitando la disponibilidad de este derecho[50]. La instigación y ayuda al suicidio solo sería una ratificación del mandato constitucional sobre el deber de favorecimiento a la vida por parte del Estado[51]. Incluso, se llega a una redefinición del bien jurídico: en el homicidio ya no solo se protegería la vida, sino también la dignidad de la persona humana[52]. Desde la perspectiva jurídica no se ve ningún obstáculo para que se pueda plantear el derecho a la vida desde la perspectiva negativa, reconociendo el derecho a la propia muerte[53].

Un segundo grupo proclama la disponibilidad de la propia vida tanto para su titular como para los **terceros**, siempre que se cuente con el consentimiento. El Estado solo tiene la obligación de proteger la vida de los ciudadanos frente a agresiones de terceros; no de criminalizar los actos de participación autorizada en un suicidio libre. La concepción de la libertad como valor superior de la Constitución y del orde-

---

[49] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 96; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 177.

[50] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 29; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 96; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37, para quien la criminalización de dichas influencias obedece al hecho que el Estado debe propiciar la vida; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 108. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 199.

[51] Por todos, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 37.

[52] Vide BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 108.

[53] Cfr. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, cit,. p. 335.

namiento jurídico impide hablar de un deber de vivir y, por tanto, conduce a plantear la supresión de todos los mecanismos y obstáculos que no fomentan las cuotas de libertad personal o que neutralizan su libre realización. Esta postura termina exigiendo la descriminalización de la instigación y ayuda al suicidio[54] que solo se explica desde la perspectiva de corrientes moralistas y eticistas[55].

Finalmente, hay quienes consideran que la disponibilidad de la propia vida integra la noción y el núcleo esencial del derecho o del bien jurídico «vida». Se llega a cuestionar de manera dura y radical –sosteniendo la inconstitucionalidad[56]– de la criminalización de la instigación y ayuda al suicidio, estimando dichos comportamientos como atípicos. El eventual conflicto que puede ocurrir entre la vida y la libertad debe resolverse a favor de la libertad[57]. Se rechaza la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su propio titular y se afirma que la vida impuesta contra la voluntad de la persona no es un valor constitucional, ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal[58].

En este ámbito hay, a grandes rasgos, dos posturas. Una de ellas conecta la disponibilidad de la vida con el derecho a la libertad y la toma de posición acerca de las relaciones individuo-sociedad[59]. El suicidio sería expresión de la autonomía de la voluntad. La otra posición parte de la valoración de la dignidad de la persona humana que se articula como un principio dinámico que sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales[60].

---

[54] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 45. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151.

[55] Vide CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 750.

[56] Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 56, para quien: «La decisión político-criminal de dotar de relevancia a las conductas de cooperación en el suicidio de otro no encuentra explicación en la configuración constitucional del derecho de autodeterminación»; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 45; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 750, quien denuncia contradicciones entre las valoraciones constitucionales y las del Código Penal.

[57] Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 46.

[58] Por todos, CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 751.

[59] Ibídem, p. 749.

[60] Por todos, VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 55.

La interpretación de los bienes jurídicos de raigambre constitucional debe expresarse en clave constitucional y, en particular, de la mano del principio al libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que lo que no sea compatible ni coordine con dicho desarrollo debe derogarse. Dicha tesis debe llevar a sostener el carácter atípico de los actos de colaboración al suicidio[61].

La adopción de esta perspectiva promueve, incluso, el cambio del bien jurídico protegido que ya no sería más la vida. En su reemplazo se erige como objeto de tutela la protección de la vida deseada por su titular[62]. Incluso, se concluye que en la instigación y ayuda al suicidio más que proteger la vida se termina protegiendo el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular[63].

3. Postura personal

En un Estado de Derecho, el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales, y en particular el derecho a la vida, generan obligaciones tanto al Estado como a los ciudadanos, que se traducen en *obligaciones positivas de hacer* que consiste en proteger y promover su ejercicio; y en *obligaciones negativas de no hacer* que se caracterizan en abstenerse de emprender cualquier acción que puede menoscabar su ejercicio[64].

El deber de respeto por parte del Estado del derecho a la vida supone la prohibición de la realización de actos individuales (homicidio) o colectivos de matar (genocidio), ya sea por su cuerpo de funcionarios o por las fuerzas armadas o policiales. Implica también la prohibición de eliminar a seres carentes de valor y el fomento de omisiones que conduzcan a los mismos resultados[65]. El derecho a la vida genera

---

61 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 748.

62 Vide VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 53; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 748.

63 Loc. cit.

64 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 177.

65 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 103.

un deber directo oponible al Estado frente a las posibles agresiones del poder público que pudiera dirigir contra los ciudadanos. El Estado debe proteger también la vida frente a los ataques y agresiones de terceros, ya sea prohibiendo el homicidio y tutelando judicialmente el derecho a la vida.

El derecho a la vida posee una faceta positiva y una vertiente negativa. La primera se caracteriza por el ejercicio del derecho a la vida, mientras que la segunda alude a la posibilidad de morir. Solo la faceta positiva integra el **contenido esencial del derecho a la vida**, mientras que la facultad de prescindir de la propia vida no forma parte del contenido esencial de este derecho[66].

La vigencia y el respeto del derecho a la vida en su vertiente positiva adquiere enorme sentido en la medida que la vida es el presupuesto material para el ejercicio, goce y desarrollo de los demás derechos constitucionales. Las graves consecuencias, tanto sociales como jurídicas, que traería consigo su resquebrajamiento llevan a plantear la exclusión de la cobertura constitucional de toda pretensión de destruirla[67]. Por ello, debe descartarse la consagración de un presunto derecho constitucional a la propia muerte o al suicidio[68], pues sería un verdadero contrasentido que dentro de la protección al derecho a la vida se erigiera al mismo tiempo un derecho a la muerte[69].

Si bien todo derecho, incluido la vida, debe interpretarse en función de la libertad y de la autonomía personal, ello no quiere decir que su importancia rebase, opaque y torne insignificante todo derecho fundamental, más aún si la libertad tiene un núcleo que no es incompatible con el derecho a la vida ni supone la posibilidad de la autorización

---

[66] Vide las sentencias del Tribunal Constitucional español: 120/1990, 137/1990, 11, 1991.

[67] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 178.

[68] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 254; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 94.

[69] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 104.

para el autoaniquilamiento. Ha de quedar claro que, desde el punto de vista constitucional y en orden a los valores del ordenamiento jurídico, la vida es un bien superior a la libertad[70].

El derecho a la vida se conecta con la prohibición constitucional de tratos inhumanos y degradantes, de tal modo que el cumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer que compete al Estado respecto a este derecho, bajo ninguna circunstancia debe autorizar la prolongación de la vida a través de procedimientos y condiciones degradantes[71], e inhumanas que representen un franco atentado contra la dignidad de la persona.

El legislador penal, en la medida que no atente contra el núcleo esencial de protección de los derechos fundamentales, posee un ámbito de discrecionalidad reconocido en la regulación de los diversos delitos[72]. Esta premisa también se extiende a los delitos contra la vida en donde se le reconoce al legislador la posibilidad de regular y configurar las diversas figuras delictivas, según criterios político-criminales compatibles con la Constitución.

En el Perú una de las más importantes decisiones en este orden lo representa la impunidad del suicidio. Sin embargo, es necesario delimitar aquí las razones de dicha posición. La tesis más extendida en este ámbito considera que ello responde a criterios político-criminales de oportunidad y a la poca conveniencia de castigar al suicida frustrado.

Frente a esta postura se alza otra que enfáticamente afirma que la impunidad obedece al reconocimiento, muchas veces limitado, por nuestro ordenamiento jurídico del derecho a disponer de la propia vida. Este derecho no tiene rango de derecho fundamental ni se puede exigir su cumplimiento al Estado o a los órganos públicos como si se tratara

---

70 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 254.

71 Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 179.

72 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 110.

de un derecho prestacional[73]. Es más bien una facultad que no integra el contenido esencial del derecho a la vida. El punto de partida de esta posición, a la que nos adherimos, lo constituye la afirmación que ningún derecho fundamental es absoluto[74] y posee un alcance ilimitado, en el que derecho a la vida no es la excepción[75].

No es posible obtener del derecho a la vida, constitucionalmente regulado, un deber incondicional y absoluto de vivir[76]. Por tanto, no se reconoce ni al Estado ni a los terceros el pretender cumplir una obligación inexistente, extendiendo la vida contra la expresa voluntad del titular o imponer la vida de manera coactiva[77].

No obstante, el disponer de la propia vida posee un alcance limitado y circunscrito a la órbita personal del sujeto. No abarca comportamientos de intervención de terceros en la ejecución del suicidio[78]. Dicha facultad, por tanto, no comprende la injerencia en el contexto suicida de otras personas, ya sea que colaboren, fortalezcan la decisión o simplemente la determinen[79]. La disponibilidad de la vida es una facultad personalísima que no se extiende a los terceros. Esta visión es compartida y suscrita por el derecho positivo peruano vigente.

Si bien el legislador ordinario es libre de configurar, dentro de una discrecionalidad razonada, los diversos tipos del injusto de los delitos contra la vida y ponderar si castiga o no los comportamientos

---

[73] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 180.

[74] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 94.

[75] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 102.

[76] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 39; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 103.

[77] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 94.

[78] Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30.

[79] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 106.

de participación[80], no es incompatible con la Constitución y los valores que encarna optar por la punición de las dos formas de participación en el suicidio: la complicidad y la instigación. No hay desborde, ni invasión de una competencia reservada al constituyente, ni menos hay vulneración de un precepto constitucional o de los valores que el texto político refleja, ya sea desde una interpretación literal o una interpretación sistemática.

La regulación de la instigación y ayuda al suicidio no es inconstitucional[81], no carece de sentido[82] y racionalidad, ni constituye una contradicción con la disponibilidad de la vida. En todo caso, es una opción más adecuada que optar por la alternativa de la despenalización completa de las formas de participación en el suicidio[83].

En el Derecho penal peruano es legítima la regulación que prohíbe y sanciona penalmente las conductas de terceros que colaboran o determinan la comisión del suicidio. Ello responde, dentro de las perspectivas del legislador ordinario, a criterios preventivo-generales y al deseo de evitar el resquebrajamiento del respeto del derecho a la vida, mediante conductas de participación en el suicidio[84].

El reconocimiento limitado de la facultad de disposición de la vida genera, como uno de sus efectos, la atenuación penológica excepcional del homicidio consentido[85], de tal modo que se predica la configura-

---

80 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 94.

81 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 254; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 110.

82 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 251

83 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 97.

84 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 65.

85 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 181; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 250; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 103: «El homicidio consetido, tanto como el piadoso, tienen una diferencia valorativa esencial respecto del homicidio cometido contra la voluntad del sujeto pasivo».

ción no solo de un menor injusto, sino de la imposición de una menor dosis de pena en el ámbito de la determinación judicial de la misma. Si bien no hay una figura especial que establezca la atenuación específica y expresa del homicidio consentido, es posible llegar a dicha conclusión luego de una interpretación constitucional del derecho a la vida y su relación con otros derechos fundamentales[86]. En tal sentido, se reconoce que no es lo mismo matar a quien quiere vivir que ayudar a morir a quien no quiere seguir viviendo.

El consentimiento de la víctima, por lo general, acarreará la consecuencia de excluir la aplicación del asesinato y el parricidio, pero no siempre se llegará forzosamente a dicha conclusión. Existirán casos en los que pese al consentimiento se seguirá calificando el hecho como asesinato, v. gr. cuando medie el empleo de medios catastróficos[87].

Por último, hay situaciones críticas en donde la especial condición del sujeto pasivo permite que la facultad de disposición de la vida adquiera su máxima dimensión, llegando incluso a la más completa impunidad como cuando el paciente rechaza el tratamiento del médico que le puede salvar la vida.

V. ASPECTOS GENERALES DEL SUICIDIO

El suicidio obedece, por lo general, a una compleja y variada gama de circunstancias como la presencia de crisis económica, personales, familiares, afectivas, religiosas o es motivado por el deseo de evitar sufrimiento propios o de terceros[88]. Surge como consecuencia de un aprendizaje defectuoso en un determinado medio socio-cultural[89].

---

[86] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20.

[87] Cfr. BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 105.

[88] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46.

[89] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 249.

La ciencia psicológica y jurídica reconocen que muchas veces el suicida se encuentra aquejado por problemas psíquicos, tensiones profundas[90], situación acentuada por la depresión y melancolía[91], ya que atraviesa por hondas crisis personales que inciden sobre su capacidad de decisión[92] y que representan una reacción frente a circunstancias psicológicas excepcionales[93]. Incluso, la literatura psiquiátrica apunta al carácter patológico del hecho suicida[94]. En este contexto es común la tendencia de relacionar el suicidio y la enfermedad mental, más aún cuando las estadísticas arrojan que un tercio de los suicidas son psicóticos y que dicho acto es más frecuente en los pacientes psiquiátricos que en el resto de la población[95]. Asimismo, respecto a los intentos de suicidio estos se dan con frecuencia en los neuróticos.

Sin embargo, resulta difícilmente compatible, con el desarrollo y estado actual de dichas ciencias, la afirmación de que todos los suicidios son producto de una enfermedad mental, situación que anularía por completo la libertad[96], o que coincide con una fatalidad genética o biológica individual[97].

El suicidio, tal como lo acreditan las investigaciones criminológicas en este ámbito, es consecuencia de una **situación conflictiva**

---

90 Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», en ROXIN, Claus, *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 109.

91 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 190.

92 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 185; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 40; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 57.

93 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79.

94 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 182.

95 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 249.

96 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64.

97 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 249.

personal[98], pero también responde a una forma de dar respuesta racional a los problemas que muchas veces aquejan a una persona[99], aunque ello contravenga la imagen que tiene la psiquiatría actual que lo considera como un comportamiento que puede calificarse de patológico[100]. Es también un acto de libertad que surge como una acción plena de sentido ligado a la desesperanza[101]. Es incorrecto, por tanto, estimar que en todo suicido hay una falta de capacidad para decidir responsablemente. Como dice FRISCH: «*Incluso lo que desde determinado punto de vista parece insensato o incorrecto puede ser expresión de un actuar responsable*»[102]. Por ello, la insensatez no debe ser equiparada con la falta de responsabilidad.

Si el suicidio responde a una enfermedad mental grave y a una crisis personal profunda, siendo este conocido y dominado por el supuesto instigador o cooperador de dicho acto, nos acercaremos a la configuración del delito de homicidio –y en su caso de asesinato– por autoría mediata[103]. El matar dando veneno a una persona haciéndole creer que es una bebida cualquiera constituye autoría mediata de asesinato[104]. Lo mismo ocurre cuando se le incita a que tome un cable de alta tensión, se le amenaza de modo grave[105], se lleva el veneno a la boca venciendo la mano del otro o usando su propia mano[106]. Sin em-

---

98 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 96.

99 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 185; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64.

100 Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 111.

101 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 249. Remarca este punto especialmente: CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 750.

102 FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 175.

103 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 64; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 57; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 201.

104 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 66.

105 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 144.

106 Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 196.

bargo, una perturbación leve o una coacción ligera no excluyen la libertad del acto suicida[107].

La instigación al suicidio de una persona sana, socialmente integrada y con respuestas adecuadas a las tensiones del medio social, carece de eficacia y de virtualidad causal, de tal modo que dicha acción no puede introducir la creación o el incremento de un peligro para el bien jurídico vida[108]; tratándose por esto de un acto impune.

VI. DEFINICIÓN DE SUICIDIO

El suicidio es la provocación violenta y voluntaria de la muerte por uno mismo[109]. Supone el control de la decisión y la ejecución del acontecimiento (dominio del hecho)[110], ya que en cualquier momento este puede interrumpirse. El suicidio incorpora una indiscutible connotación de autoría en la que paradójicamente la condición de autor y víctima coinciden[111]. No es adecuado aceptar otras características extrañas como contar con la condición de imputable[112], dado que esta calidad pertenece a otras categorías del delito, v. gr. la culpabilidad.

El suicidio es la provocación de la muerte de uno mismo; de allí que se trate de un acto esencialmente **personalísimo**[113]. Si bien

---

107 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 182.

108 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 251; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 45.

109 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 98; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 58. En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 237, define al suicidio como: «*La eliminación voluntaria y directa de la propia vida*».

110 Cfr. BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 57, aunque plantea reservas por el estado psicológico del suicida.

111 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 176.

112 Empero, así: JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411.

113 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 98; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte*

los terceros pueden favorecer o ayudar al hecho –determinándolo o prestando auxilio– es necesario que la persona controle el proceso de ejecución de la muerte hasta el final (irreversibilidad del acto o pérdida de conciencia). En tal sentido, el suicidio técnicamente no es una forma y modalidad de homicidio[114], es un ataque contra la propia vida de quien lo comete[115].

El suicidio puede realizarse tanto mediante una **acción** o por medio de una **omisión**[116]. Importa tanto el matarse mediante una conducta positiva como el matarse a través de la interrupción de un curso salvador, rechazo o la interrupción de un tratamiento médico, la no ingestión de alimentos, v. gr. huelga de hambre[117].

La provocación de la muerte **violenta** en el suicidio alude a la aparición de un proceso distinto a la muerte natural, ya sea como consecuencia de una enfermedad o a raíz del envejecimiento por deterioro biológico.

Una característica fundamental del suicidio es que la causación de la muerte es **intencional**, es decir, un acto voluntario[118].Existe el deseo de morir que supone que la decisión se dirige a la privación personal de la vida. La idea del dominio del hecho (de su muerte) por parte del suicida lleva aparejado un acto intencional, preordenado y objeto de deliberación.

---

especial del Derecho penal, cit., p. 58, quien habla de *hecho propio*. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 149.

114 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 36.

115 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 63.

116 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 174; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 99.

117 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 174. En contra en la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 149.

118 Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 100; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 58; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

Dicha voluntad de morir debe ser expresa o tácita, pero nunca presunta, pues en este supuesto no existe una voluntad real de morir[119].

La doctrina diferencia en este ámbito entre la **voluntad intencional de morir** y la **asunción de conductas de riesgo**, en especial las imprudentes, en las que como es lógico no hay una voluntad de morir por lo que no pueden considerarse como comportamientos suicidas[120]. Lo mismo ocurre con las conductas no imprudentes, pero que por el desempeño de ciertas actividades importan un grado elevado de riesgo[121], v. gr. bombero, policía, torero, trapecista[122], etc. Incluso, un sector de la doctrina diferencia entre la intención de morir de la intención de matarse, ya que lo primero no implica lo segundo, v. gr. la persona se abandona al proceso provocado por la enfermedad o un accidente[123].

En la voluntad suicida se comprenden las diferentes modalidades de dolo, como el directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias) y el dolo eventual[124]. Por tanto, constituyen suicidios los casos de negativa a autorizar trasfusiones de sangre por motivaciones religiosas (testigos de Jehová)[125], el recha-

---

[119] Vide ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 104.

[120] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 189; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 104.

[121] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 189.

[122] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257.

[123] Por todos, LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 183.

[124] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 189; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 119; LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 183; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 177, para quien: «Si el dolo eventual basta para estimar que se quiere matar a otro (homicidio doloso) no me parece que existan razones suficientes para afirmar que, con tal configuración subjetiva, el sujeto *no se quiere* matar a sí mismo».

[125] En contra: BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257, quien señala que el testigo de Jehová no quiere su propia muerte sino que pretende perma-

zo de un tratamiento médico-quirúrgico o el caso de la mujer que prefiere morir antes que abortar. Asimismo, la noción de suicidio integrada sin dificultad los casos de huelga de hambre reinvindicativa, en donde hay una conciencia seria del peligro elevado que se cierne para el bien jurídico «vida»[126].

Un sector de la doctrina penal comparada entiende que la voluntad de morir debe interpretarse en el sentido exclusivo de dolo directo, por lo que se niega que el dolo eventual pueda formar parte de la noción de suicidio[127]. Sin embargo, dicha restricción no viene impuesta por la ley ni obedece a criterios teleológicos restrictivos.

No es necesario que haya una especial forma de manifestación de la voluntad de morir. Por tanto, no es indispensable que haya una solicitud o una petición[128]; tampoco encuentra justificación dejar fuera al consentimiento tácito[129]. Es indiferente si el suicida recibe o no un pago o un precio por su acción[130].

VII. CAPACIDAD DEL SUICIDA

Uno de los problemas más cruciales e importantes de la instigación y ayuda al suicidio reside en determinar los requisitos y

---

necer vivo pero evitando la transfusión de sangre; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 82; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 51.

[126] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 191; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 174. En contra: SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 51.

[127] Vide GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 82; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, pp. 256 y ss.; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 412; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 47.

[128] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 194.

[129] En contra, BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257.

[130] Niegan, empero, en este caso la presencia de la voluntad de morir: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 81; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257.

condiciones que debe tener el suicida. Al respecto se han elaborado tres posiciones:

Un primer planteamiento acude a la idea de **imputabilidad**[131]. Se exige que el suicida sea una persona imputable, es decir, que tenga capacidad de culpabilidad. En el Perú, la capacidad penal está fijada en el cumplimiento de los dieciocho años de edad; incluso, se llega a sostener que el imputable no debe padecer de anomalía o trastorno psíquico de ningún tipo[132]. La ventaja de este criterio es proporcionar un parámetro objetivo y general que respete la seguridad jurídica. Si la persona no cuenta todavía con la imputabilidad penal se abren las puertas de la calificación del homicidio o el asesinato por autoría mediata.

Las objeciones que recibe esta postura son variadas. Se destaca, por ejemplo, que la traspolación de la imputabilidad al suicidio no tiene sustento alguno ni apoyo constitucional y legal. Asimismo, no siempre el inimputable es un instrumento en manos del inductor[133]. La imputabilidad funda la responsabilidad penal de una persona y la posibilidad de que se le aplique una pena criminal, mientras que el suicidio en la medida que supone la decisión de una opción vital no requiere dicha condición. Requiere unicamente que se verifique si la decisión del sujeto es válida para el Derecho[134].

---

131 Así: CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 81; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 145; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 89; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 195; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 203, quien alude a la capacidad.

132 Por todos, OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 116, dentro del trastorno psíquico se cuenta la intoxicación por sustancias alcohólicas y psicotrópicas.

133 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67.

134 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 102; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 49.

Una segunda postura hace descansar la idea del suicidio en la existencia o no del **dominio del hecho**[135]. Solo cuando el agente solicite su muerte o la provoque de manera personal es posible hablar de suicidio, si ha perdido el dominio o el control del suceso (muerte) se hablará de homicidio. La idea del dominio del hecho no supone la verificación de si el sujeto es imputable o no; sino implica la utilización de un criterio objetivo, como la realización de un comportamiento por el sujeto. La imputabilidad no siempre supone la configuración del dominio del hecho, como también la inimputabilidad no siempre implica la ausencia del mismo. La ventaja de este punto de vista es que analiza el suicidio empleando un criterio de la autoría como es el dominio del hecho y no un aspecto subjetivo, propio de la imputabilidad, que pertenece a un plano analítico distinto a la tipicidad objetiva.

Una tercera perspectiva sostiene la necesidad de vincular el acto suicida con la comprobación de la capacidad propia del consentimiento, exigiendo la presencia de una voluntad auténtica o consciente. Dicha capacidad es distinta a la capacidad civil o para la validez de los negocios jurídicos como se distingue del criterio de la imputabilidad o del dominio del hecho. Esta posición que estimamos correcta solo reclama la verificación del la **capacidad natural de juicio** que no es otra cosa que la capacidad para comprender el sentido del acto que se ejecuta y la trascendencia del mismo[136]. Solo basta que la persona comprenda el significado de su decisión, al margen de si estamos ante un menor u otra persona de la que se discute su imputabilidad[137]. Cuando carezca de la capacidad natural de juicio o la tenga esencialmente perturbada no podrá hablarse

---

[135] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 256.

[136] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 102; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 188; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 183; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 59, quien sin embargo no le parece desacertado partir de los criterios sobre la imputabilidad del sujeto. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 153.

[137] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 188 y ss.

de suicidio libre o responsable[138], por lo que entrarán a tallar otros elementos como la posibilidad de autoría mediata.

El Código Penal no ha establecido ninguna exigencia o requisito especial en la capacidad del suicida. Por tanto, debe reconocerse la idoneidad de la capacidad de juicio, en cuanto hay conciencia del sentido y consecuencias del acto (suicida), independientemente de si quien presta el consentimiento es una persona menor de edad o una persona que está atravesando una turbación ligera (no grave) de la conciencia[139]. También los inimputables pueden tomar decisiones válidas respecto a las valoraciones del ordenamiento jurídico[140].

Por el contrario, se excluyen los casos en los que la persona, imputable o no, carece de la adecuada comprensión y capacidad de autodeterminación para comprender el sentido y los efectos de su acto como cuando se encuentra afectada por un trastorno grave de la conciencia, al margen si dicha alteración es permanente o transitoria, v. gr. depresión profunda, influencias psíquicas intensas por el consumo de drogas o medicamentos[141]. En estos casos, el instigador o el favorecedor del hecho responderá como autor mediato del delito de homicidio o asesinato[142]. No basta con que la persona posea una característica psíquica especial, como, por ejemplo, que sea drogodependiente para que se niegue su capacidad de decidir[143]. Por su parte, si un tercero es quien produce la muerte la calificación correcta será la de autoría directa en homicidio.

---

138 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 183.

139 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 103; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 66.

140 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 49; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 66. En contra: JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755.

141 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 66.

142 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 202.

143 Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Colex, Madrid, 1994, p. 192 distinto es el caso cuando la persona por el consumo de muchos años sufre trastornos graves de personalidad o se encuentra padeciendo los efectos del síndrome de abstinencia.

En los casos en que la víctima posea una voluntad de morir viciada, pese a contar con la capacidad natural de juicio, si un tercero le causa la muerte, este responderá como autor directo de homicidio simple. Distinto es el caso en donde la propia víctima es quien se causa la muerte teniendo la voluntad viciada por violencia o error. El caso deberá resolverse como autoría mediata de homicidio[144].

La voluntad del suicida no debe encontrarse viciada por la presencia de coacción, error o engaño por lo que deben aplicarse en este ámbito los criterios jurídico-penales[145]. Se discute si los supuestos de prevalimento configuran casos de voluntad viciada.

Se reconoce, con razón, la irrelevancia del error en los motivos[146] como ocurre con las malas noticias[147]; los casos aparentes de doble suicidio por amor, en donde uno de los amantes cree que el otro se quitará la vida ni bien uno lo haga[148]; o el caso en el que se anuncia la existencia de una enfermedad grave e incurable creando una situación de terror y desesperación y como consecuencia de ello la persona se suicida[149]. En este

---

[144] Cfr. CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 754; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 202; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38,

[145] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 257; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 191; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 81; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 116; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 50; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 66.

[146] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 133. En contra: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 75.

[147] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 192; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 109.

[148] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 195.

[149] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 133. En sentido distinto: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

último caso, un sector de la doctrina plantea la responsabilidad a título de cooperación al suicidio en comisión por omisión, descartando la autoría mediata en homicidio o la instigación al suicidio[150].

Debe distinguirse el caso del médico que informa a su paciente que sufre una enfermedad incurable y a partir de ello este entra en una profunda depresión y pánico que lo lleva a suicidarse. El comportamiento del médico, y en particular su diagnóstico veraz, se encuentra cubierto por su deber de informar, por lo que no se ha creado un riesgo típico[151].

VIII. ¿LA MUERTE DEL SUICIDA ES UNA CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD?

Un sector doctrinal considera que la muerte del suicida es una condición objetiva de punibilidad[152] que de no producirse dejaría impune la conducta. Se estima que es imposible integrar la muerte al tipo penal ya que esta carece de un contenido autónomo de injusto, pues sencillamente se trata de un acto impune[153].

La consecuencia que se deriva es que si el suicidio queda en mero intento no existe delito: no cabe la tentativa ni la frustración[154]. La asunción de dicha premisa conduce también a un sector doctrinal a sostener que el delito de instigación y ayuda al suicidio es un tipo penal de **puesta en peligro concreto** en donde el injusto penal es la actividad

---

150 Por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67. Se pronuncia por la responsabilidad penal, por las mismas características legislativas del Derecho alemán: FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 189.

151 Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 189, nota 66.

152 Vide SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 45; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 65; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 150; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 153. En la doctrina argentina: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 52.

153 Vide RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 65; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

154 Así, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 65.

participativa[155] y que el dolo de la instigación y de la ayuda al suicidio no es necesario que abarque la muerte del suicida.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria es renuente a aceptar este punto de vista al considerar que resulta innegable la vinculación causal y la imputación objetiva entre las formas de participación y la provocación de la muerte por parte del suicida, situación que es completamente ajena al contenido dogmático de las condiciones objetivas de punibilidad[156]. La muerte no es un hecho aislado ni un hecho futuro incierto, ni independiente de la voluntad del instigador o del cómplice[157]. Por otro lado, se remarca la idea que desde el punto de vista político-criminal no es conveniente esperar que el suicida muera para recién imponer una sanción al instigador y al cómplice[158]. No es necesario supeditar el castigo al hecho de la producción de la muerte. Solo es indispensable que existan actos ejecutivos del suicidio para que se castigue la inducción o la cooperación al suicidio[159].

Consideramos que la muerte del suicida es el resultado material del delito[160]. No hay variación alguna del papel que desempeña la muerte respecto a las demás figuras del homicidio. La punición expresa de la instigación y auxilio al suicidio no debe llevar a dejar de tomar en cuenta la profunda conexión que media entre estas dos formas es-

---

[155] Vide BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 38.

[156] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 200; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 106; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 412; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 59; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., p. 59. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 156; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 243. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

[157] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 121.

[158] Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

[159] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 65.

[160] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal.*

peciales de conducta con el resultado al que tienden[161]. Es necesario, por ejemplo, que la inducción sea determinante en la producción de la muerte del suicida y que se dirija hasta alcanzar dicho resultado. Lo mismo ocurre con la ayuda al suicidio que debe haber facilitado la producción de la muerte.

Si el suicida fracasa en su intento de provocarse la muerte habrá de todos modos instigación y ayuda al suicidio punible, y el comportamiento de quienes lo determinen o ayuden no deberá reconducirse al delito de lesiones, dado que no hay regulación legal expresa de la instigación o auxilio a la autolesión[162], que por regla es impune.

IX. TIPO OBJETIVO

1. Instigación

a. Fundamento y mayor injusto de la instigación al suicidio

La punición de la instigación al suicidio tiene su razón de ser en asumir que la decisión de quitarse la vida no es absolutamente libre en su origen al existir una influencia externa que actúa en la voluntad del sujeto pasivo[163].

El instigador tiene en sus manos una serie de medios, estrategias y posibilidades para forjar la decisión suicida, empleando fórmulas

---

Parte especial, cit., T. I, p. 199; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 65; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 126.

[161] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 199; BACIGALUPO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», cit., pp. 59 y ss.

[162] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 189; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 127.

[163] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 110. En la doctrina nacional de lege ferenda: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 153; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 240.

persuasivas, técnicas de manipulación hasta a la presión psicológica. Con la prohibición de la instigación al suicidio se busca evitar los actos de intromisión de terceros en la decisión de quitarse la vida o de seguir viviendo. Para ello se parte de la idea de que al titular del bien jurídico «vida» le compete decidir sobre su destino, sin recibir ingerencias o intromisiones de terceros[164].

Una valoración global de la gravedad de los actos de instigación permite afirmar un mayor injusto –y, por tanto, la configuración de un mayor reproche que se debe reflejar en la asignación de la pena– de la instigación respecto a la ayuda al suicidio[165], en la medida que en la primera se influye y determina a una persona a matarse, haciendo nacer una decisión, mientras que la segunda solo representa el auxilio en la realización de un acto sobre una decisión ya tomada.

Sin embargo, esta decisión político-criminal de establecer una mayor pena a la instigación no ha sido reconocida de manera expresa por el Código Penal peruano, en donde figura una idéntica dosis de pena tanto para la instigación como para la ayuda al suicidio que va entre uno y los cuatro años de pena privativa de libertad. La mayor dosis de pena de la instigación se trasluce en algunas legislaciones del Derecho comparado como España y Alemania, aunque no deja de despertar voces críticas[166].

b. Definición

En un sentido literal **instigar** supone ejercer influencia psíquica sobre el comportamiento de otra persona[167], con el objeto de que su conducta, a raíz del influjo previo, se decida a la lesión de un bien jurídico prote-

---

[164] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 79.

[165] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 23; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, pp. 80 y 86.

[166] Vide OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 129.

[167] Así, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 7, p. 437. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154.

gido. En sentido jurídico-penal, instigar implica haber creado, causado o provocado[168] en el autor la decisión de cometer el hecho[169].

En la instigación al suicidio, el agente busca crear en la persona la decisión de suicidarse[170]; la idea central es la generación de la decisión de autoeliminarse. No hay instigación al suicidio –sino más bien complicidad al homicidio– cuando lo que busca el sujeto es convencer a la víctima que se deje matar por otro. Si además de ello el sujeto instiga a un tercero a matar a quien previamente ha convencido, recién habrá aquí una instigación al homicidio[171]. Asimismo, la instigación debe llevar necesariamente a la provocación de la muerte por suicidio. No comprende la producción de la muerte de cualquier otro modo[172], v. gr. homicidio.

No basta con haber creado la decisión criminal. Es necesario para que se considere comportamiento punible que el instigado haya dado comienzo a su propia muerte, atravesando el umbral de la tentativa punible[173].

Sin embargo, la delimitación conceptual deja de ser sencilla, tornándose difícil y polémica cuando, como apunta JAKOBS[174], se contempla que el cómplice necesario «determina» en un sentido amplio al he-

---

168 Esta acepción la utiliza: FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41.

169 Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, trad. Gladis Romero, Edersa, Madrid, 1982, Nº 879, p. 264, ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1982, T. IV, p. 393; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 292. Para el caso de la instigación y ayuda al suicidio: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 144; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 151.

170 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

171 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

172 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 86.

173 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 196.

174 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 22/21, p. 804.

cho, como lo hace también quien crea una oportunidad a cuya tentación sucumbe otro sujeto. De allí que se requiera, según este autor, junto a la influencia espiritual exigida por la doctrina dominante, una eficacia en el sentido que ha de llevarse a cabo el hecho. El influjo, entonces, no solo tiene que realizarse sino que además debe surtir efecto.

En la atribución de significado de la instigación al suicidio debe tomarse en cuenta, como parámetro de análisis, la instigación como forma de participación, regulada en el artículo 24° del Código Penal[175]. La única particularidad de la instigación regulada en el artículo 113° es que se trata de la instigación a un hecho impune como el suicidio[176].

c. La instigación como influjo psíquico

La doctrina, de manera unánime, reconoce en la instigación la necesidad de una influencia **espiritual**[177], **psicológica**[178], **moral**[179] o meramente **psíquica**[180] sobre el instigado (autor), como mecanismo

---

[175] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 75; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 144. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 201. En contra el la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143.

[176] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 201

[177] Así: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 7, p. 437; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 166, quien hace una referencia a la influencia espiritual del pensamiento.

[178] Cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 384; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20. En la doctrina argentina: FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 195; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 86.

[179] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108.

[180] Vide STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 882, p. 266, ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 396, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1995, p. 131; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/51, p. 399; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 533; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, T. I, p. 846. Para el caso de la instigación al suicidio: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte*

generador de la decisión. La creación o aprovechamiento de una situación que invita al hecho no constituye inducción[181], por estar ausente el necesario influjo espiritual. Por ejemplo, no comete instigación quien incita a un marido celoso a retornar a su casa para que sorprenda a su mujer in fraganti con el amante[182].

La inducción para ser tal no solo requiere de un influjo causal. No es suficiente un influjo motivacional; es indispensable que dicho influjo sea exitoso; es decir; que surta el efecto deseado en el inducido[183]. En otras palabras es necesario que la inducción sea convincente[184]. La determinación que fracasa, el influjo psíquico que nunca cumple su cometido no es inducción punible, sino a lo mucho tentativa de inducción que, como se sabe, no se castiga en nuestra legislación.

d. La creación de la decisión criminal

La instigación comporta la creación de la decisión criminal en el autor del hecho. No es necesario exigir la originalidad ni el nacimiento, por vez primera, de la ideación delictiva en la persona del instigado[185]. El autor puede haber tenido la idea de cometer el hecho o encontrarse en la fase de deliberación y aún así existir instigación, siempre que el influjo psíquico del instigador haya *decidido* al autor a la perpetración

---

especial, cit., T. I, p. 206; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41.

[181] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 7, p. 437; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 166.

[182] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, p. 266

[183] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 66; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31.

[184] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

[185] Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 107. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 196.

del hecho. La esencia de la inducción no reside en la generación de la idea o el pensamiento criminal sino en la **toma de decisión y posterior ejecución del hecho**. La influencia psicológica o espiritual de la instigación no se orienta a la génesis de la idea delictiva, sino a la decisión y ejecución del hecho.

Puede haber inducción, incluso, cuando el agente duda en cometer el hecho (suicidio), siempre y cuando el contacto psicológico haya conducido a tomar la decisión de perpetrar el hecho[186]. Sin embargo, todavía no está decidido quién hace depender la ejecución de una condición, como en el caso de aquel que afirma que solo ejecutará el hecho en caso que se le prometa o realice un pago[187].

También constituye instigación al suicidio el caso en que la víctima solo quiere autolesionarse, pero el instigador la convence de quitarse la vida[188]. Lo mismo ocurre cuando el suicida ha desistido de emprender la acción de quitarse la vida y se le convence de retornar a su proyecto inicial[189]. No hay problema de que la instigación pueda concurrir con otra clase de motivaciones[190].

No constituye instigación al suicidio los escritos, anuncios o propaganda a favor del suicidio, ya sea como labor emprendida por un escritor, novelista, medio de comunicación o periodista[191]. Lo mismo ocurre cuando por obras literarias se producen muertes masivas[192].

---

[186] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 134.

[187] Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 394.

[188] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 135.

[189] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[190] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 143; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 196.

[191] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154. En la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

[192] Cfr. SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 151.

e. La no necesidad de crear el plan. Propensión al hecho

En la instigación es indispensable causar la decisión en el autor, pero no es necesario dar origen al plan del hecho[193]. La acción del inductor, el determinar, debe ser *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del autor[194], pero no requiere ser la única o exclusiva condición de la misma[195], ni tampoco presupone que la influencia se deba ejercer sobre un autor originalmente indiferente al hecho o incluso contrario a este.

Hay instigación incluso cuando el autor se encuentra propenso al suceso y solo espera el impulso decisivo[196]. En la instigación no se requiere la conciencia del acto de determinación por parte de aquel que ha sido inducido en un hecho antijurídico. No es necesario que el autor se sienta instigado o que conozca que es instigado. El inducido puede pensar que ha tomado la decisión de manera espontánea[197].

La instigación necesariamente debe ser **directa**[198], debiéndose dirigir a una persona determinada con el fin de que se suicide. Se recono-

---

193 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 166, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 396. En el caso de la instigación y ayuda al sucidio: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207.

194 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390.

195 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nºs 882, p. 266.

196 Vide MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, I, 9, p. 438.

197 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 849

198 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 66; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 754; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 31; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 146; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 237; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 138.

ce también la posibilidad de instigación al suicidio en el caso de que dicha determinación la promuevan ciertos líderes espirituales con enorme influencia en segmentos fanatizados[199].

f. Instigación y *omnimodus facturus*

No hay instigación si el autor ya se encuentra decidido a cometer el hecho punible[200] (*omnimodus facturus*). Solo cuando la acción del inductor refuerza la resolución criminal, subsidiariamente puede plantearse complicidad psíquica o intelectual[201]; la que, según la entidad o magnitud del aporte, podrá generar cooperación necesaria o complicidad simple. La acción de inducir debe ser anterior al hecho o al menos concomitante[202], pero siempre debe haber dado el tiempo necesario para la adopción y realización de dicha resolución[203].

g. Medios de la instigación

Respecto a los **medios de la instigación** no se pueden describir ni sentar a priori reglas generales. Lo que en relación con una determinada persona no constituye influjo psíquico idóneo para decidirla a eje-

---

[199] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108.

[200] Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 41; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 66; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 134; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit.,p. 413; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 30; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 151.

En sentido contrario: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

[201] Cfr. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 167; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 959; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 885, p. 266. Con dudas: BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 75.

[202] Cfr. GÓMEZ BENITEZ, José, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1986, p. 519.

[203] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, I, 9, p. 438.

cutar un hecho, puede resultar plenamente eficaz respecto a otra persona. En este sentido, el Tribunal Supremo español considera que en la instigación debe tomarse en cuenta el estado psíquico del inducido, el «ascendiente» del instigador sobre el ejecutor material, la autoridad del inductor sobre el inducido, la amistad existente entre ambos[204] o, en su caso, la mera autoridad moral, la influencia en la personalidad del autor, la insistencia en el hecho, etc.[205].

Es indiferente, pues, la clase o modalidad de medio empleado para la instigación[206]. En principio, todos los medios de inducción son idóneos, en la medida que impliquen un influjo psíquico[207]. Para la inducción no es característico el medio, sino la relación entre el hecho principal y el autor principal[208]. No es suficiente invocar las tendencias criminales ni configurar situaciones en donde se cree que el autor se decidirá al hecho. Sin embargo, basta que la instigación sea de naturaleza verbal[209], escrita[210] o simbólica v. gr. un militar que deja a otro un arma de fuego luego de cometer una conducta deshonrosa a la institución[211]. También basta que se usen «deseos», consejos cualificados[212], apuestas, e, inclusive, aparentes consejos disuasivos[213].

---

204 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 850.

205 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/52, p. 399.

206 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 166, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 396. En el caso de la instigación al suicidio: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 66; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 108; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413.

207 Vide JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 959

208 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 13, p. 439.

209 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

210 Cfr ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

211 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

212 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 206; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85. En la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

213 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 882, p. 266; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 206. Con reservas en la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

Asimismo, hay instigación cuando hay un mandato[214], ruego, persuasión[215], un precio[216], pacto[217], una promesa[218] de recompensa, insistencia[219], las disuasiones aparentes[220], e incluso las meras preguntas. Los actos concluyentes o simbólicos tambien pueden configurar una inducción, v.gr., un gesto, mostrar un arma, arrojar un pañuelo[221].

Sin embargo, no bastan la generación de ánimo negativo, los malos ejemplos, la exposición de doctrinas sobre el suicidio[222], la mera potencialidad de medios materiales[223], la separación, la tirantez, el profundo deterioro de las relaciones afectivas o personales[224], la falta de correspondencia amorosa[225], o los maltratos físicos que llevan al suicidio como mecanismo liberador[226], salvo que esté intencionalmente preordenado a que la víctima se suicide[227]. El juzgador posee un am-

---

[214] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 133. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[215] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 144. En la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[216] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 206.

[217] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 133.

[218] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[219] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85.

[220] Cfr. OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 133.

[221] Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 397.

[222] Ampliamente, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 206. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[223] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

[224] Cfr. FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», cit., p. 41.

[225] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[226] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154. En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144.

[227] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50.

plio marco de discrecionalidad para valorar la idoneidad de los medios de la instigación[228].

El empleo de la fuerza física: forzar a que la víctima se dispare, se arroje al vacío[229] o plantar un cuchillo con la propia mano de la víctima, constituyen casos de autoría directa de homicidio y no de instigación y ayuda al suicidio[230]. Lo mismo ocurre en los casos de violencia y coacción intensa en donde habrá autoría mediata y no instigación y ayuda al suicidio. Sin embargo, en este último caso no faltan quienes niegan la posibilidad de instigación ya que el empleo de violencia o la grave amenaza es incompatible con la voluntad de morir, propia del suicidio[231].

Las bromas e insinuaciones por más provocativas y seductoras que fueran tampoco integran la noción de esta modalidad comisiva[232]. Por el contrario, ingresan dentro de la adecuación social del comportamiento.

h. Inducción y omisión impropia

Suele discutirse si es admisible la instigación por un comportamiento omisivo o si solo puede existir inducción mediante una conducta activa.

Un sector minoritario de la ciencia penal alemana, representado por Schmidhauser y Maurach–Zipf[233], y de la ciencia penal española, representada por Rodríguez Mourullo[234] –quien sigue a Vanini–, acep-

---

228 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

229 Vide QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 20.

230 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85.

231 Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 109.

232 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 154; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 151. En la doctrina argentina: SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 86; NUÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 144; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 195.

233 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 13, p. 439.

234 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 851.

tan la instigación por omisión. Se debe contar aquí a la famosa sentencia del Tribunal Supremo español del 30/01/1945 que castiga por instigación omisiva al padre que presencia en actitud silenciosa cómo su hija menor de edad acepta una proposición criminal formulada por tercera persona y se decide a realizar un robo. Esta postura se fundamenta en la existencia de comportamientos omisivos que contribuyen a la producción del delito no en cuanto a la ausencia de intervención, sino en cuanto la omisión se comunica como fuerza moral directa sobre del agresor o de manera indirecta en la producción del delito mismo[235].

Frente a este planteamiento, la doctrina mayoritaria niega, con acierto, la posibilidad de instigación por omisión[236]; señalando que esta puede no impedir una resolución delictiva pero, en absoluto, puede hacer surgir esa resolución concreta[237]; y más aún si se sabe que en la mera inacción falta el contacto psíquico con el autor[238], lo que hace desaparecer el injusto de la acción de la instigación[239].

i. Tipo subjetivo

Junto a la creación de la resolución delictiva en el inducido, el dolo del inductor debe orientarse a la comisión del hecho. Por tanto, el dolo se dirigirá a los elementos de la acción inductora y a la efectiva realización del suicidio[240].

---

[235] Loc. cit.

[236] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 961; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/60, p. 400; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 534; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56. En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

[237] Cfr. GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 521.

[238] Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punible en el C. P", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, p. 215

[239] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 961.

[240] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261.

La doctrina cuando considera que la conducta del instigador debe orientarse a la provocación de la decisión delictiva y a la perpetración del hecho (suicidio) alude a la exigencia de un «**doble dolo**»[241]. Sin embargo, otros sostienen que en la instigación no hay dos dolos sino uno, que es el de producir el hecho mediante la decisión del instigado[242]. En realidad, y con razón, quien instiga tiene un dolo único e indivisible que se dirige y orienta tanto a crear la decisión criminal como a la ejecución del suceso. La apelación a la figura del «doble dolo» es solo un recurso pedagógico que no refleja una realidad jurídica. El dolo de la instigación no requiere ser directo, basta solo el eventual[243].

La instigación se castiga no tanto por la generación de la decisión delictiva, sino porque busca y logra la ejecución de un hecho. El determinar a una persona el solo influjo psíquico no genera responsabilidad penal alguna. Es necesario que dicha determinación se manifieste en la realización de un hecho. Crear la idea o la decisión de cometer un hecho es el primer paso de la instigación; pero aún no es suficiente para justificar su punición. Aquí es indispensable exigir que esa decisión se concrete en la ejecución de un suceso. El inductor contempla la creación de la resolución como un medio y un primer paso respecto a su finalidad principal: la posterior ejecución de un hecho. Inducir a una person es aún impune. El castigo depende de la materialización de dicha resolución en la ejecución del hecho.

---

241 Vide en este sentido JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 958; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 385; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, cit., p. 135; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/61, p. 401.

242 Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 392.

243 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 167, OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 135. Sin embargo exigen el dolo directo en la instigación al suicidio: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 208; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 110; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 22; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52. En la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 53.

Habiendo un dolo único, pero «bifronte» que busca motivar al autor, la finalidad del instigador tiende a que el primero ejecute un acontecimiento. Por ello, se alude a que el dolo del inductor debe ser concreto[244], dirigiéndose a un hecho (suicidio) que abarca, según el caso, una acción y un resultado determinado. El inductor cuando instiga debe conocer y dirigir su voluntad hacia el autor (inducido) con el objeto que este ejecute el hecho[245]. Quien instiga debe conocer y querer las circunstancias y elementos del suceso. En la medida que el autor (inducido) se aleje de lo querido por el instigador se podrá hablar de un exceso del cual se hará él plenamente responsable.

El dolo que el inductor crea en el inducido debe ser relativo a un suceso específico[246]. Pertenecerá al dolo de la instigación el conocimiento de las circunstancias concretas de cada hecho. No es suficiente el conocimiento abstracto de que el comportamiento del autor infringirá alguna norma jurídico-penal o un bien jurídico[247].

Tampoco es necesario que se encuentren definidos todos los pormenores o los detalles del hecho[248], como la circunstancia de tiempo y lugar, pero sí son indispensables las dimensiones esenciales del suceso[249]. Razón tenía WELZEL cuando apuntaba que en: «*La instigación es decisivo originar la decisión al hecho en el autor y no necesariamente dar origen al plan del hecho*». Cuando la tipicidad del hecho exige determinadas actitudes anímicas (v. gr. ánimo de lucro) o ciertas cualidades personales, el instigador debe tener conocimiento que concurren en el inducido[250].

Se admite y reconoce la posibilidad de la inducción recíproca[251] como es el caso del doble suicidio por amor[252], casos en los que se cas-

---

[244] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 958.

[245] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 20, p. 441.

[246] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, cit., p. 136.

[247] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 887, p. 267.

[248] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207.

[249] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, cit., p. 136.

[250] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 852.

[251] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 50; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 145; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 198.

tigará a la persona sobreviviente, en la medida que la inducción haya quedado suficientemente acreditada. En caso que ambos sobrevivan serán responsables por inducción mutua.

No constituye instigación al suicidio la conducta del médico de comunicar de manera directa y sin ninguna prudencia al paciente o sus familiares que aquel padece de una enfermedad mortal, o de un proceso degenerativo irreversible[253].

j. La tentativa en la instigación al suicidio

La inducción implica que el instigado debe comenzar a ejecutar el hecho[254]. Sólo el comienzo o principio de la ejecución del hecho, propio de la tentativa, genera la responsabilidad del instigador. La sola acción de instigar, carente de una ulterior ejecución, es impune en nuestra legislación.

La inducción supone que el influjo psíquico ha tenido éxito en cuanto el autor principal ha llegado a la zona delimitada por el tipo. Sin embargo, el hecho de que se haya iniciado la ejecución del suicidio no quiere decir de manera automática que haya responsabilidad penal, dado que el juez puede llegar a descartar la punibilidad de la instigación por falta de idoneidad[255], es decir, el suicidio, más que deberse a una influencia externa tiene su causa en una decisión personal.

Como apunta MAURACH: «*La medida del ingreso del autor principal en la zona punible delimita y prejuzga, en virtud de la dependencia de la partici-*

---

252 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 207.

253 Vide MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 67, quien sin embargo plantea la responsabilidad a título de homicidio imprudente.

254 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204. De modo general: GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 522; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 856; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 127.

255 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 238.

pación, también la responsabilidad del inductor: plena responsabilidad penal del inductor ante el caso de configuración consumada del tipo, responsabilidad atenuada en el caso de mera tentativa, impunidad del inductor cuando la tentativa de la conducta emprendida por el autor principal no sea punible»[256]. El desistimiento voluntario del ejecutor material al excluir la tipicidad de la conducta origina la irresponsabilidad del inductor[257].

La configuración de la posibilidad de tentativa en la instigación al suicidio se discute en la doctrina penal[258]. Para el sector que sostiene la muerte del suicida como condición objetiva de punibilidad su ausencia convierte en impunes los casos de tentativa[259].

Sin embargo, la doctrina mayoritaria suscribe la posibilidad de tentativa en la instigación al suicidio. Solo se discute si la punición alcanza a la tentativa acabada o si se extiende a la inacabada. Hay tentativa acabada de instigación al suicidio cuando se origina la decisión delictiva y media un inicio de ejecución de la acción suicida, pero no se produce la muerte. Por su parte, concurre tentativa inacabada cuando no se ha realizado de manera completa la inducción, ya sea por no agotarse todos los actos necesarios, porque dándose no se ha producido la decisión o pese a que hay decisión no se ha comenzado a ejecutar el hecho.

La controversia se resuelve tomando partido por la punición de la tentativa acabada y negando la posibilidad de castigo de la tentativa inacabada, ya que se violaría el principio de accesoriedad de la participación si se pretende castigar una acción, pese a que el hecho principal no se ha ejecutado.

Pese a ello, no faltan quienes concluyen, como consecuencia de una interpretación teleológica, en la impunidad de la tentativa acaba-

---

[256] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 51, II, 43, p. 447.

[257] En la doctrina española: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, T. I, p. 856.

[258] En el Perú niega la posibilidad de tentativa: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 156.

[259] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 65; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42.

da sobre la base del castigo excepcional a las formas de participación y del ejercicio del derecho a la disponibilidad de la propia vida[260].

k. La posibilidad de aparición de las diversas formas de participación en la instigación al suicidio

Es admisible la **inducción mediata** en la cual el inductor no aparece ante el autor, sino se sirve de un tercero como instrumento para lograr el influjo psicológico[261]. El instigador no realiza aquí de propia mano o directamente sobre el autor del hecho el influjo psíquico, sino que se vale de un intermediario quien, realizando diversas acciones, termina efectuando la instigación por encargo de otro. En la instigación mediata el instrumento, por lo general, no es consciente o no sabe que realiza una acción idónea de inducción o cree que el delito no se cometerá; de tal modo que la responsabilidad penal debe ser imputable al hombre de atrás: el verdadero instigador. Aunque nada obsta también para que el instigador directo sea consciente del hecho que viene realizando y despliegue una serie de acciones con el objeto de lograr el propósito del instigador mediato sobre el autor.

La **coinducción** es posible cuando dos o más personas, bajo un acuerdo previo, expreso o tácito, determinan a otro a cometer un hecho punible[262]. Además del influjo psicológico común es imprescindible que estas actúen en un concierto previo. Igual parecer debe seguirse con la inducción *accesoria*, que en realidad es un caso de instigación independiente, por el cual un autor, o un círculo determinado de autores (inducidos), es sometido a una determinación psicológica de dos o más personas en donde cada una actúa de forma autónoma, sin concierto

---

260 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 210 y ss.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85.

261 Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132.

262 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132.

previo, solo de manera concomitante o simultánea[263] y que determina (instiga) a la realización de un delito.

Existe una discusión doctrinal respecto de si puede (o no) aceptarse la inducción *en* **cadena**, como cuando *A* instiga a *B* para que induzca a *C* a matar a *X*. Respecto al tratamiento de la inducción en cadena existen dos posturas.

Una de ellas acepta su existencia y punibilidad como forma de instigación sin reparo alguno[264], incluso cuando no se conoce el número ni el nombre de los demás instigadores intermedios, ni tampoco el nombre del autor principal.

Por el contrario, otro sector doctrinal no considera como verdadera instigación a la inducción en cadena, en virtud de que el inductor (el primer eslabón de la cadena) no indujo al hecho principal sino ha inducido a otro a que determinara al hecho principal[265]. En todo caso, la inducción en cadena puede ser considerada como cooperación necesaria (artículo 25° primer párrafo) a un hecho principal.

Tomando posición, creemos acertado el último criterio. En efecto; si se parte de que en la instigación es necesario que el inducido realice un tipo doloso de autoría o un concreto hecho punible, no es posible plantear el castigo de la inducción en cadena, como forma de

---

263 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/55, p. 400; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, cit., p. 134; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957.

264 Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 968, pp. 286 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 957; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 386; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, cit., p. 133; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49.

265 Vide GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, B. de F., Buenos Aires, 2006, p. 323, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, p. 862; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/55, p. 400; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 535; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 261; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 132. En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 237.

instigación, pues de aceptarse esta tesis se tendría que aceptar también la posibilidad de inducción a un tipo de participación (inducción), entendiendo a esta como un tipo delictivo autónomo, cuestión que aquí rechazamos[266]. De esta manera, como la inducción en cadena comporta instigar a un tipo de participación y dado que solo admitimos la inducción en un hecho principal doloso (autoría) dicho planteamiento debe rechazarse.

La inducción en cadena y la instigación a la complicidad, tal como lo reconoce la doctrina, bien puede contemplarse como cooperación necesaria o complicidad secundaria, respectivamente[267]. Hay aquí la imposibilidad de instigación en la participación, pues según se entiende unánimemente la complicidad (artículo 25° primer y segundo párrafo) incluye todo favorecimiento del hecho principal, incluso la instigación[268] que puede verse como una forma justamente de favorecimiento.

En el ámbito de la instigación y ayuda al suicidio un calificado sector de la doctrina penal niega, como consecuencia de una interpretación teleológica, la punibilidad de la instigación en cadena[269].

2. Complicidad

a. Delimitación

La idea fundamental de la complicidad es la cooperación que se presta a otro en la realización de un hecho, en este caso el suicidio[270] El

---

[266] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 50, V, 134, p. 433; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/55, p. 400.

[267] Cfr. HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 535; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 85.

[268] Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 50, V, 134, p. 434.

[269] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 211.

[270] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 86.

cómplice carece del dominio del hecho[271], que solo es ejercido por el autor del suicidio. El auxilio puede prestarse en un tiempo anterior o simultáneo a la muerte[272].

El cómplice no genera la resolución en el autor porque de ser así pasaría a ser inductor. Sin embargo, su actuar puede reforzar la decisión ya asumida. Si bien es común que el autor conozca de la ayuda que se le presta, no es necesario que esto suceda[273]. Aquí estamos frente a los casos de **complicidad oculta**; esta característica es una nota distintiva de la complicidad. En tal sentido, no es necesario que haya un acuerdo entre el agente con el suicida[274].

No obstante, una cosa es que el autor no conozca la ayuda que recibe y otra muy distinta es que el cómplice ignore o desconozca que presta una ayuda efectiva. Esto último nunca puede ocurrir pues de ser así estaríamos frente a una complicidad imprudente que resulta impune en nuestro ordenamiento.

b. Las clases de complicidad: complicidad primaria y complicidad secundaria

El Código Penal de 1991 distingue dos formas de complicidad: la llamada cooperación necesaria o complicidad primaria y la complicidad simple o secundaria[275]. Aun cuando no parezca correcto y oportuno mantener una diferencia de esta índole, el texto legal obliga al intérprete a ofrecer una distinción conceptual que permita al

---

271 En contra, en el caso de la legislación española: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51, quien alude al dominio conjunto del hecho.

272 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53.

273 Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 962; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 22/42, p. 817. En contra: ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 397; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 52/7, p. 454; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 170.

274 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51.

275 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 148; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 239.

juez separar ambas categorías, máxime si entre ellas hay un tratamiento penológico distinto.

Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho[276]. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos[277], que tengan en cuenta la naturaleza[278], el valor[279] del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación[280]. Lo decisivo es reparar las circunstancias del caso concreto[281], las condiciones del suicida, las relaciones con el cómplice[282].

La ayuda puede prestarse antes de la ejecución del suicidio (v. gr. facilitando el lugar o el arma) o puede desarrollarse durante la ejecución, v. gr. vigilando que terceros no interrumpan el suicidio[283].

No entran, por tanto, en la delimitación de las clases de complicidad patrones subjetivos o de naturaleza personal. Por ejemplo, un aporte irrelevante desde el plano de un observador imparcial no puede ser tomado como una contribución esencial según la personalidad del ejecutor principal de un hecho.

En la regulación peruana de la complicidad, en el suicidio –a diferencia de lo que sucede en otros países como España[284]– no se

---

276 Creemos, correcto el parecer de RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, p. 872, respecto a que ambas formas de complicidad pueden implicar la realización de actos no ejecutivos.

277 Cfr. HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 549, num. 2301 y ss.

278 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, pp. 279 y 289.

279 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 282.

280 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, p. 872.

281 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 87; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 68; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53.

282 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 68.

283 Por todos, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 146.

284 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 213; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal*

criminaliza solo la complicidad primaria, o cooperación necesaria, sino toda forma de complicidad[285], al margen de su relevancia o el peso objetivo de la contribución.

c. La complicidad fáctica y la complicidad psíquica

Según reconoce la doctrina, la complicidad, como un modo de prestar ayuda en el delito, puede ser ***fáctica o espiritual***[286]. La primera es llamada también *complicidad técnica* o *de hechos* y la segunda *complicidad intelectual* o *psíquica;* aun cuando esta última no sea aceptada por algún autor[287].

La complicidad técnica o fáctica se manifiesta, por ejemplo, a través de la entrega de un instrumento, etc. Su característica principal es consistir en aportaciones materiales que básicamente se reducen a «dar o hacer algo», v. gr. proporcionar un arma[288], veneno[289], barbitúricos[290],

---

español. Parte especial, cit., T. I, p. 86; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 263; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 110; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 755; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 413; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 23; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 50. En la doctrina argentina: DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

285 En la doctrina argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 145.

286 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 52/2, p. 452; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 962; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 22/36, p. 813; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/76, p. 406; HUERTA TOCILDO/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 543; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 87; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 414; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 139. En la doctrina nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155.

287 Vide ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 473

288 Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 414; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155.

289 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 68; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 110; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51. En la doctrina argentina: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51.

290 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155.

abrir la llave de gas[291] sin abandonar la habitación[292], circunstancias, que por lo general, darán lugar a complicidad primaria. La jurisprudencia comparada admitió, como un caso de complicidad, el hecho de que la esposa facilitó al marido cartuchos para la escopeta de caza con el fin de que se matara[293].

Constituye también complicidad fáctica el caso de quien asume el rol de vigilancia con el fin de impedir que terceros frustren el suicidio[294].

Por su parte, la complicidad psíquica está dada por los «consejos»[295], asesoría[296], palabras de apoyo a la decisión ya tomada[297], información[298] mediante los cuales el autor refuerza la decisión, recibe ideas que facilitan o posibilitan el hecho o enseña el procedimiento más letal[299]. También cae aquí la descripción de cómo llegar a una ejecución más segura, eficiente y rápida del hecho o la serie de datos que refieren como obtener la mayor ventaja posible (asesoría técnica o profesional). El problema de la complicidad psíquica no es su admisibilidad, sino su dificultad probatoria, que influye como es obvio en su punibilidad[300].

La complicidad en el suicidio ocurre, por ejemplo, cuando se enseña o adiestra al suicida a preparar la dosis que debe tomar, el elaborar el mecanismo o aparato con el que se ejecutará la muerte[301].

---

291 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 285.

292 Cfr. JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., p. 55.

293 Vide FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit.,p. 42.

294 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51.

295 Cfr. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 414; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 87; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53. En la doctrina nacional: SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 152.

296 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 87; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 414.

297 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155.

298 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53.

299 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51.

300 Cfr. ROXIN, Claus, *¿Qué es la complicidad?*, en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 411.

301 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 110.

La complicidad en el suicidio normalmente aparece como un apoyo de tipo emocional referido a la obtención de las condiciones anímicas necesarias para la ejecución de la decisión[302]. Como en la instigación aquí también puede haber cooperación recíproca.

La delimitación de una y otra forma de complicidad, si bien teóricamente es clara, en la práctica se torna borrosa puesto que una ayuda fáctica puede, en la medida que el autor conozca de ella, constituir un fortalecimiento moral o psicológico que genera una complicidad intelectual[303]. Ello tiene importancia cuando el autor no emplea o no acepta la ayuda que se le ofrece (complicidad frustrada) pero entiende dicho acto como un fortalecimiento de su voluntad criminal. En estos casos la ayuda material que se promete brindar (complicidad fáctica) termina fortaleciendo la resolución criminal (complicidad psíquica), perdiendo así su característica inicial.

d. Complicidad al suicidio y omisión impropia

La regla general en la doctrina es admitir la complicidad por omisión[304]. Este parecer dogmático mayoritario, que se extiende a la jurisprudencia comparada, no deja de generar opiniones encontradas. La jurisprudencia y una parte de la doctrina admiten la complicidad omisiva siempre que concurra una posicion de garantía[305]. Otro sector doctrinario la admite sin exigir el requisito de una posicion de garante[306]. En el Perú, la admisión de la complicidad omisiva está supeditada a la preexistencia de una posicion de garantía, sin que sea suficiente la sola facilitación mediante un no hacer para la realización del hecho punible.

---

302 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 213; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 53.

303 Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 52/2, p. 452.

304 Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 967; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 52/9, p. 454; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 169. Prescinde expresamente de la posición de garante: CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 756.

305 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 406.

306 Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 387.

Sin embargo, no faltan autores que niegan y excluyen el castigo de la complicidad omisiva de modo rotundo[307].

En el caso de una posible complicidad omisiva en el suicidio, hay opiniones encontradas en la doctrina. Una de estas estima que cuando hay una posición de garante se debe admitir la complicidad omisiva en el suicidio[308], v. gr. el marido no evita el suicidio de su esposa[309], o el padre no evita el suicidio de su hijo dependiente. Cuando falta la posición de garante solo media la posibilidad de calificar el comportamiento como omisión al socorro v. gr. no suministrar el antídoto del veneno, no cerrar la ventana por la que el suicida se quiere arrojar, no arrebatar el arma con la que se pretende matar[310]. Quien no impide el suicidio de otro responde, por lo menos, de un delito de omisión de socorro. Ello ocurre en casos en los que la persona está presente sin intervenir en la ejecución del suicidio. Se rechaza la idea de que la no evitación del suicidio es impune[311].

Otro criterio al que nos afiliamos considera que la **complicidad omisiva** no es punible, pues la voluntad de morir expresada en la ejecución del suicidio –al margen de si este llega a consumarse o no– cancela cualquier posición de garante[312]. No existe deber de proteger a quien

---

307 Así: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 296.

308 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 282; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 414; OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 142; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 69, incidiendo en los casos en donde hay un deber de supervisión o de tratamiento. En la doctrina nacional: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, cit., p. 146; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 155; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, cit., p. 153; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 76. En la doctrina, argentina: NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 146; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 51; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 200; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204.

309 Así: GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 280.

310 Vide OLMEDO CARDENETE, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», cit., p. 144; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 756.

311 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y ayuda al suicidio», cit., p. 282.

312 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal.*

no quiere ser protegido, siempre que posea capacidad natural de juicio[313]. Esta postura es compatible con el reconocimiento, aún limitado, de la facultad de disponer de la vida[314].

La voluntad de morir cancela también la posible responsabilidad a título de omisión al socorro, ya que no puede configurarse el deber de asistencia contra la voluntad expresa de la persona[315]. Sin embargo, cosa distinta ocurre cuando la propia persona antes o después del intento fallido de suicidio solicita asistencia o ayuda. Aquí habrá delito de omisión de socorro[316].

Si el suicidio no proviene de una persona autorresponsable, de una decisión libre o, si se quiere, de una capacidad libre de juicio y concurre una posición de garantía, la calificación correcta será de homicidio (o asesinato) por omisión impropia[317].

Parte especial, cit., T. I, p. 217; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 87; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 265; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 54; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 201; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 24; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 56; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32. En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 241.

313 Cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42.

314 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 217; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 88.

315 Ampliamente, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 218; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 201; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 42; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 88; BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 265; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 54; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit. p. 415; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 24; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 32. Admite la posibilidad de omisión de socorro: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; CARBONELL MATEU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 756.

316 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesiones: algunas tesis», cit., p. 176.

317 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», cit., p. 201.

No creemos que la punibilidad de la complicidad omisiva en el suicidio dependa de la prueba del dolo[318].

e. Tipo subjetivo

La complicidad, en cualquiera de sus clases, es siempre **dolosa**; auque solo sea suficiente el dolo eventual[319]. La prestación de ayuda debe ser consciente[320] y debe haberse el conocimiento de la decisión suicida[321]. No se admite la complicidad culposa[322] por contravenir el tenor de nuestra ley.

Al igual que en la inducción no es que exista un doble dolo sino que este es bifronte o tiene una doble dirección, por lo que se ha de referir tanto a la acción de prestar auxilio o asistencia, como a la ejecución o consumación del suicidio.

El cómplice debe conocer su contribución así como debe dirigirla a la realización del hecho principal[323]. La doctrina, en forma casi unánime, viene requiriendo que el dolo del cómplice se dirija de manera manifiesta a favorecer la consumación del hecho[324]. De este modo, no sería punible por complicidad quien solo quiere que el hecho llegue hasta la tentativa o de antemano sabe que no podrá alcanzar la consumación[325].

---

318 En contra: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 69.

319 Cfr. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 110. En contra: GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 88.

320 Vide la sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de junio de 2005, recaída en el R.N. Nº 1942-2005.

321 En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 239.

322 En contra en España: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., 15/82, p. 408.

323 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 218; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 88; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 71.

324 Vide WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 171; WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 170; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 966; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, 52/31, p. 460; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., 1982, Nº 902, p. 270.

325 Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 966.

f. La tentativa en la complicidad al suicidio

La complicidad, al igual que la instigación, requiere que el autor principal comience a ejecutar el hecho. Ello en virtud del principio de la accesoriedad cuantitativa, o externa, de la participación que demanda tomar en cuenta la acción del cómplice, en la medida que el hecho cometido por el autor principal se consume o, por lo menos, quede en tentativa.

El solo auxilio o la mera asistencia del cómplice sin una ejecución ulterior por parte del autor genera la impunidad de aquel. El desistimiento voluntario del ejecutor material, si se considera que excluye la tipicidad, beneficia también al cómplice del delito.

Parte II
ABORTO

CAPÍTULO X
CONSIDERACIONES GENERALES

ABORTO

1. Ubicación

El delito de aborto se encuentra ubicado en el Capítulo II del título «*Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*»; título que se encuentra compuesto además por el delito de homicidio y lesiones. Su ubicación es preferencial, encontrándose luego de la regulación del homicidio y antes de la regulación de las lesiones y la exposición y abandono de personas en peligro. Si bien desde el punto de vista lógico y de protección gradual de la vida humana la descripción de los delitos de esta sección debería comenzar con el delito de aborto, el legislador peruano –como la mayoría de legislaciones del Derecho comparado– ha creído conveniente hacerlo, por razones de tradición legislativa, con el delito de homicidio.

2. Homicidio y aborto. Fundamento de su distinta punición

En el Derecho penal peruano la vida humana está protegida en sus diversas etapas de desarrollo, ya sea en el intervalo de su formación biológica (aborto) –mejor llamada vida prenatal– o ya en el lapso de su plena constitución biológica[1] (homicidio). No obstante, si se com-

---

[1] Ampliamente, CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 29.

para de modo elemental las penalidades que el legislador asigna a las figuras tanto del homicidio y del aborto resulta fácil percatarse que el homicidio recibe una mayor sanción y castigo más drástico, habiendo un notable fortalecimiento de la tutela penal[2], en cuanto a la sanción penal a imponer.

Dicha diferencia en el marco penal está muy lejos de ser episódica y circunstancial, pues tras ella bulle una serie de valoraciones sociales de profunda repercusión en el ordenamiento jurídico[3] y que ostenta un abolengo histórico fácilmente reconocible[4]. El hecho de que en ambos delitos exista una identidad del bien jurídico no significa que exista también una identidad valorativa[5] en la comprensión del mismo, pues hay una valoración cultural distinta en el mundo respecto a que: «La muerte de una vida no nacida está menos sancionada y está más abierta a excepciones que la de la vida nacida»[6].

Justificando dicha diferencia de penalidades se plantea la apelación a una antigua valoración social y normativa de la vida según el diferente grado de desarrollo que está a su alcance[7]: mientras en el homicidio se trata de una vida formada o plenamente constituida en sus aspectos esenciales que se refleja en el hecho del nacimiento, ya sea a través de un parto natural o una cesárea, y que puede desa-

---

[2] Claro en el caso del Derecho penal español, en especial: ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 89.

[3] Cfr. ROXIN, Claus, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 71.

[4] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 89.

[5] LAURENZO COPELLO, Patricia, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. I, artículo 144º-146º/11, p. 278; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 73; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 767.

[6] Así, ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 109; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 568 y ss.; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Juris, Lima, 1994, Vol. 2, Nº 41, p. 15; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 166.

[7] Cfr. CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 27; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 40, p. 15.

rrollar algunas elementales funciones de modo autónomo a la madre; en el aborto se trata de una vida dependiente que no ha completado su desarrollo orgánico-funcional que le permita y garantice realizar una vida autónoma. La realidad social postula un incremento en la valoración de la vida en la medida que avanza su desarrollo[8]; además que la vida no es un fenómeno estático al que sea posible atribuir un valor único o invariable[9].

La intensificación y reforzamiento de la protección jurídico-penal conforme avance el desarrollo de la vida, y que tiene jurídico penalmente su momento más importante en el parto, no implica la renuncia de la protección a los tramos anteriores del desarrollo de la vida humana[10]. Sin embargo, ello depende de una decisión político-criminal del legislador, vinculado racionalmente a la normativa constitucional y a las valoraciones culturales de una sociedad determinada.

El criterio mayoritario en la doctrina remarca la mayor protección penal del homicidio a partir del salto cualitativo determinado por el **parto** de la mujer y que explica una distinta valoración social del ser humano, dado que allí empieza su proceso de integración a la comunidad[11]. Se señala que mientras en el homicidio y asesinato existe una semejante valoración jurídico-penal y solo hay ligeras variaciones en cuanto a las circunstancias atenuantes y eximentes; en la protección jurídico-penal a la vida prenatal hay una amplia gama de discrepancias en cuanto al grado de tutela penal y a los mecanismos procesales y de otra índole complementarios al penal[12].

---

[8] Cfr. ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 97.

[9] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 40, p. 15.

[10] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 89.

[11] Por todos, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/11, p. 279.

[12] Vide ESER, Albin, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», en *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 86; ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 97.

El distinto trato jurídico que se prodiga a los atentados contra la vida que se ejecutan después del parto respecto a los que se realizan antes del mismo es una incuestionable muestra de la vigencia de los postulados valorativos, que complementan y mejoran los planteamientos de las tesis biológico-ontologicistas sobre la vida humana. En efecto, si se tuviera que asumir de modo exclusivo los criterios biológicos no tendría mayor explicación la diferencia legislativa entre homicidio y aborto; debiéndose considerar en su lugar que cualquier atentado que busque vulnerar la vida humana es igual de grave[13]. Solo la concepción valorativa de la vida puede facilitar y justificar dicha diferencia en el tratamiento.

El suceso biológico del parto en la valoración de la vida humana –y sus consiguientes efectos en la órbita penal– tiene una doble importancia. Por un lado, desde el punto de vista individual representa el hecho que marca la independencia y autonomía del niño respecto a la madre; y por el otro, desde el punto de vista social, constituye el instante en el que se integra a la comunidad y adquiere el estatus de persona.

3. Concebido y Derecho penal

En el desarrollo de las ideas jurídicas y sociales tres han sido las posturas que se han asumido respecto a la relación entre el concebido y la persona (después del nacimiento)[14], situación que repercute en la relación que puede plantearse entre el aborto y el homicidio. La legislación peruana ha podido optar por cualquiera de ellas.

Una primera postura aboga por una diferenciación y separación total del concebido y la persona; por la cual el concebido es degradado a una simple cosa (*res*), a una parte de las visceras (*portio viscerum*). No está comprendido como un sujeto de derecho, sino como un objeto de derecho frente al que hay plena disponibilidad por equipararse a cual-

---

[13] CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 27.

[14] Ampliamente, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., pp. 43 y ss.

quier otra parte del cuerpo. Aquí el delito de aborto no tendría mayor sentido; debiéndose plantear su descriminalización.

El segundo criterio sugiere la plena y absoluta igualdad del concebido (vida humana prenatal) y la persona (vida humana autónoma), dado que el primero sería portador de una dignidad y valor, idéntica a la persona nacida. De un objeto de derecho, pasa a ser un sujeto de derecho; de tal manera que constituye un bien jurídico de naturaleza indisponible. Una tesis como esta debería coherentemente terminar abogando la supresión e incorporación de una figura en otra, pues si el concebido es igual a una persona no tiene sentido tener que regular el delito de aborto, pues bastaría con el delito de homicidio.

Un tercer criterio postula la diferenciación parcial entre el concebido (sujeto pasivo del delito de aborto) y la persona (sujeto pasivo del delito de homicidio) basándose en la distinta valoración social de las etapas de desarrollo de la vida humana; y en especial de dos: la vida prenatal y la vida posnatal. El concebido posee la calidad de sujeto derecho; y no debe ser instrumentalizado ni se debe atentar contra su vida, independientemente de si la madre consiente o no dicho acto. No es que el concebido tenga menos dignidad que el ser humano después del nacimiento; muy por el contrario posee igual dignidad, dado que un hecho biológico (el parto) no puede significar la aparición de una distinta y originaria valoración de la vida humana.

En efecto, si la dignidad es consustancial a la existencia de la vida humana, dicha dignidad no puede abarcar solo uno de sus tramos (durante o después del parto), sino que debe ampliarse su protección antes del mismo, pues este derecho fundamental implica como presupuesto la protección de la vida de quien todavía no ha nacido[15]; o en palabras del Tribunal Constitucional español: «*Si la Constitución protege la vida [...] no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es un momento del desarrollo de la vida misma*».

---

15 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 87.

Por ello, la regulación constitucional del artículo 1° dispone que: «*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*», debe ser entendido en un sentido amplio como si la referencia a la persona humana abarcara también al concebido[16].

4. Posturas a favor y en contra de la criminalización del aborto

a. Tesis a favor de la criminalización del aborto

Esta postura ha sido sustentada tradicionalmente por la Iglesia Católica y los sectores conservadores de la sociedad. Desde antaño la Iglesia Católica[17] plantea la protección absoluta y a ultranza de la vida del feto, sin estimar excepción y matiz alguno durante todo el periodo de gestación y sin valorar adecuadamente el conflicto de intereses que subyace entre la necesidad de respetar la vida del concebido y la libertad y autodeterminación de la madre para decidir sobre su cuerpo y el producto de la concepción. Se afirma que la vida una vez concebida debe ser protegida absolutamente; el aborto al igual que el infanticidio es un crimen abominable[18]. La vida de los no nacidos tiene el mismo valor que los ya nacidos y se protege, aun cuando la vida de la madre se encuentre en grave peligro. No se reconoce causa alguna por la que se pueda admitir un relajamiento en la protección de la vida.

El aborto sería una forma de asesinato, siendo un hecho execrable, desde el punto de vista moral[19]. El derecho a la vida del embrión y del feto se generaliza y absolutiza no reconociéndose limitación alguna, pues solo así se protege la santidad de la vida como reflejo de la voluntad divina y que ningún orden humano ni persona contingente

---

[16] En contra, PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. I, p. 167, cuando señala que: «Consideramos que los únicos destinatarios del derecho a la vida son los nacidos (los que físicamente se han independizado del vientre de su madre) y todos aquellos que se encuentran próximos a nacer».

[17] In extenso, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 291.

[18] Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, N° 84, p. 33.

[19] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 80-81.

puede alterar[20]. Las posiciones más radicales llegan incluso a defender el respeto a la vida del feto en los casos en que la vida de la madre corra peligro a causa del embarazo.

Pese a todo, se debe reconocer que también en el seno de la Iglesia Católica pueden encontrarse criterios flexibles que aceptan la posibilidad del aborto en algunos casos excepcionales, aunque siempre se parte por el elevado e indisoluble principio de respeto a la vida del ser humano en gestación. Dichos planteamientos no constituyen la opinión oficial de la Iglesia sino más bien el pronunciamiento particular de teólogos y cristianos militantes que dotan de humanidad y flexibilidad el análisis y cuestionamiento del tema del aborto.

b. Tesis en contra de la criminalización del aborto

Este criterio se caracteriza por plantear –como contrapartida del respeto a la vida– la necesidad de tener en cuenta y respetar el derecho absoluto de la mujer a disponer de su propio cuerpo y de las partes del mismo, entre las que se cuenta el producto de la concepción que lleva en su vientre[21]. Para justificar dicho punto de vista se recurre a los más variados argumentos entre los que se cuentan que el embrión y el feto no serían sino parte integrante del organismo de la madre embarazada sobre los cuales es posible consentir y disponer cuando se crea oportuno.

Así como existe un consentimiento del ser humano para disponer de su cuerpo, así también debe existir –se apunta– un consentimiento válido para decidir sobre el producto de la concepción. Solo si se entiende –cosa que se niega– que el concebido es un ente separable orgánicamente de la madre es que se le puede conceder algún tipo de protección jurídica independiente. Desde el plano jurídico se postula que la facultad de abortar y de interrumpir el embarazo reside en el derecho fundamental a la libertad y a la autodeterminación que tiene toda persona –incluida la madre– de decidir sobre su esfera de organización y su propio cuerpo.

---

[20] En contra, expresamente de este punto de vista, ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 71.

[21] BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 114.

Se alude aquí también a un supuesto derecho a la maternidad que tiene una esfera positiva: el derecho a tener hijos; y una esfera negativa –que aquí interesa resaltar–: el derecho a no tenerlos. Por otro lado, se afirma que un país que no puede mantener a sus hijos y no puede ofrecer una vida digna a sus ciudadanos no debe exigir más nacimientos[22].

Esta postura en sus planteamientos más extremos no reconoce ninguna limitación a la autodeterminación de la madre a la hora de interrumpir el embarazo, dado que puede hacerlo no solo antes de los tres meses cuando se trata todavía de un embrión, sino que la interrupción puede ejecutarse incluso hasta antes del nacimiento, durante el noveno mes de embarazo. Pese al apoyo que recibe esta postura no existe ningún país donde exista impunidad a la libre elección sobre la decisión si se desea abortar o no hasta el comienzo del parto[23].

5. El aborto como conflicto de intereses

La posición que encuentra plena acogida desde los diversos sectores de la ciencia penal es aquella que considera al delito de aborto como una muestra palmaria de conflicto de intereses –y de evidente tensión y oposición– entre la necesidad de respeto a la vida del concebido y otros bienes jurídicos dignos de protección cuyo titular es la madre como la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la embarazada[24]. Dicho conflicto dialéctico solo puede ser solucionado si se sigue el criterio del interés preponderante. Previo a ello debe optarse por una determinada posición de corte ideológico bien sobre la importancia del derecho a la vida del concebido o la necesidad de respeto a la libertad y autodeterminación de la madre.

---

[22] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 76.

[23] Ampliamente, ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 87.

[24] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 109; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 82; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 71; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 116; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 170.

La problemática del aborto está muy lejos de constituir únicamente un dilema jurídico o legal, o vinculado al campo académico del Derecho; dado que –por el contrario– representa una cuestión que requiere asumir de modo anticipado una determinada postura ideológica[25], política[26], y social en virtud de la enorme trascendencia de los intereses humanos y sociales en juego[27].

Aquí entran a tallar una serie de factores y condicionamientos como la pertenencia a una determinada religión, secta, la orientación política y la concepción misma sobre el mundo, la vida, la libertad y –cuándo no– el rol que se le asigna a la mujer en la sociedad y en el matrimonio[28]. Quien limita el análisis del aborto a los criterios que inspiran el derecho positivo deja de lado y pendiente de solución una problemática mucho más rica y profunda y de la cual depende finalmente el contenido de las leyes penales vigentes en este rubro.

En el seno del Derecho comparado se remarca «que no existe una prohibición absoluta de abortar ni una impunidad total». Existe una línea tenue y muy difusa que hace depender la interrupción del embarazo de *condiciones materiales de admisibilidad* (consentimiento de la embarazada, estado de necesidad, etc.) y de *requisitos procedimentales* (verificación de la admisibilidad, consulta y asesoramiento)[29].

---

[25] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 87; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 83; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 290.

[26] Cfr. HIRSCH, Hans-Joachim, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», trad. Carlos Suárez y Sergio Ferreiro, en *Derecho penal. Obras completas. Libro Homenaje*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 250: «La cuestión de si la solución a adoptar es el modelo de plazos o el de indicaciones, creo que es más bien un problema de concepción política. No considero posible una posición científicamente vinculante a favor de ninguno de los sistemas». MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 83.

[27] En contra, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 103, quien considera que la legalización o no del aborto «[N]o es un problema político, sino eminentemente jurídico, pues mientras la Constitución [española] de 1978, artículo 15, mantenga su redacción actual («Todos tienen derecho a la vida»), la prohibición de matar incluye la de destruir la vida del feto cualquiera que sea su etapa de su gestación».

[28] Cfr. KAISER, Günther, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», en *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, UNED, Madrid, 1989, T. I, p. 461.

[29] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 88.

El reconocimiento del aborto como un conflicto de intereses y como un drama humano que hace necesario una solución viable y útil, nace del acercamiento del Derecho penal a las normas y valoraciones constitucionales básicas[30] y a la realidad social[31] cuyos datos arrojan una elevada cifra negra y un número indeterminado de abortos ilegales[32], que van desde la comisión de abortos clandestinos (no necesariamente antijurídicos) a la ejecución de abortos punibles, situación que se contrapone al escaso –y casi ridículo– número de abortos sancionados.

La opción por un determinado modelo en la regulación de la interrupción del embarazo no debe ser una decisión arbitraria del legislador[33], sino que debe vincularse a la realidad social, a las valoraciones sociales y políticas que rigen una determinada comunidad y a las pautas y valores fundamentales fijadas en el ordenamiento constitucional[34], teniendo en cuenta la clase de sociedad a la que las normas penales se dirigen (liberal o conservadora) como su evolución y tendencia futura. Se ha de reparar también en la estadística social que señala que la punición del aborto arrastra muchas veces a que este sea practicado por un tercero no profesional lo cual genera un peligro grave para la madre, y que en no pocas ocasiones termina con la pérdida de su vida[35].

---

[30] Cfr., BACIGALUPO, Silvina y GROPENGIEBER, Helmut, «La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 59, Madrid, 1996, p. 529 nota 8; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 109.

[31] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 235; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 114, p. 46.

[32] Al respecto, KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 448 y ss.

[33] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 168.

[34] Cfr. ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., pp. 97 y ss.; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 58, p. 23.

[35] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Por un aborto libre», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 61.

Debe quedar en claro que la Constitución **no impone** necesariamente un determinado modelo de punición del aborto. La valoración y ponderación de la vida, salud, libertad de la mujer en relación a la vida intrauterina fijan las líneas y las coordenadas maestras –no las únicas– que inclinarán al legislador a favor de una u otra postura político-criminal[36].

Creemos que si bien desde el punto de vista de los valores más elevados del ordenamiento jurídico se puede llegar a deducir la necesidad de protección a la vida, dicha premisa no debe llevar a la confusión de identificar que lo que se promueve es una protección absoluta e indiferenciada de la vida prenatal[37], pues el hecho que se proteja penalmente la vida intrauterina no implica que se haya tomado todavía una decisión definitiva acerca del sentido, límites y contenido de dicha protección.

La consideración del aborto como *conflicto de intereses* ofrece en líneas generales tres grandes posturas o sistemas.

a. Sistema común de penalización

Dicho sistema ha perdurado en gran parte de la codificación penal peruana e hispanoamericana a raíz de la influencia intensa de las ideas de la Iglesia Católica y de la ética cristiana. Se parte por considerar al producto de la concepción como un interés y bien que el Derecho debe proteger contra todo ataque que trate de vulnerar la vida humana; la cual, si bien es de inferior jerarquía que la vida luego del nacimiento (homicidio), posee un innegable valor jurídico y social. El conflicto de intereses entre la vida del concebido y la salud, la vida y la dignidad de la madre como su derecho a la autodeterminación se deciden a favor del primero. El aborto, como todo delito, se somete a las reglas de la autoría y participación, tentativa, causas de justificación y de inculpabilidad como a todas las disposiciones de la parte general.

---

[36] Similar en el Derecho español, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 111.

[37] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 49, p. 18.

El sistema común de penalización se ha visto sometido a serias objeciones y críticas en los países en los que se había instaurado, destacándose entre ellas, su disfuncionalidad y el escaso cumplimiento de las finalidades *preventivo-generales* de la norma penal y de su fin *motivacional*, producido como consecuencia de la transformación de las pautas culturales y de orientación valorativa ocurrida en la sociedad contemporánea que hace inviable e inútil una protección absoluta del derecho a la vida del concebido, sin atender otros requerimientos e intereses[38]. Esta postura obliga a la mujer a elegir entre el aborto clandestino y la maternidad bajo coacción[39].

La penalización a ultranza del aborto no toma en cuenta la liberación de la mujer, la redefinición de su rol en la comunidad[40], los intereses que porta y debe defender aún a costa de su embarazo, las limitaciones sociales y económicas propias de una sociedad desigual que privan al menor de un futuro seguro, la flexibilización de la comunidad en el correcto dimensionamiento del papel que cumple respecto al hombre, las condiciones de pobreza, hambre y miseria a la que posiblemente será sometido el niño una vez que venga al mundo[41].

Esta posición fomenta, aunque no lo reconozca, una **maternidad obligatoria** a través de la amenaza de pena y constituye un obstáculo serio al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, pues se le obliga a aceptar algo en contra de su voluntad[42] que no solo se reduce a la gestación y al parto, sino que obliga prácticamente a asumir proyectos de vida diversos e impone la obligación de educar y mantener a un hijo

---

[38] Por todos, ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 71; FERRAJOLI, Luigi, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», en *Jueces para la Democracia*, Nº 44, Madrid, Julio/2002, p. 3.

[39] Cfr. FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 7.

[40] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 250; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 72, p. 29.

[41] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 83, quien sostiene que la regulación y punición del aborto frente al desarrollo de la sociedad y la Medicina constituye una normatividad obsoleta, verdaderamente inútil y disfuncional.

[42] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, pp. 170 y ss.

en una suerte de servidumbre[43]. No solo se castiga una acción, sino una actitud y la tendencia propia de un Derecho penal de autor: la de no querer ser madre.

No solo se debe hablar de la existencia de un derecho a abortar o de decidir sobre su maternidad, sino que la prohibición indiscriminada del aborto infringe el derecho a la libertad en sentido negativo, es decir el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad. Se atenta de manera clara contra su dignidad y condición de persona, pues se la utiliza para fines que no son los de ella misma[44].

A ello se agrega el alto índice negativo de este delito que representa de manera emblemática uno de los fracasos más evidentes del Derecho penal y de sus instrumentos y el desarrollo de una función puramente simbólica en la lucha contra una de las formas de la criminalidad violenta.

La irrestricta punición del aborto en países como el nuestro, con una elevada tasa de natalidad y sometidos a la presión del subdesarrollo arrastra una serie de males y perjuicios colaterales como el agravamiento de las situaciones de pobreza extrema en la que vive la población de bajos recursos, la puesta en peligro de la mujer embarazada que para impedir caer en las redes del Derecho penal se pone en manos de terceros inescrupulosos[45] (no médicos, ni obstetras) que practican el aborto de manera clandestina y en condiciones de máxima insalubridad[46] que muchas veces determina la provocación de una septicemia generalizada, en un daño permanente a la salud o en un atrofiamiento de los órganos reproductores[47].

---

[43] Así, FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 8: «Una maternidad no deseada puede destruir la vida de una persona: obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de ser capaz de proveer al mantenimiento de sí misma y de su propio hijo».

[44] Cfr. FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 9.

[45] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., pp. 235 y 246; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 76.

[46] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 174.

[47] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 100.

La regulación tradicional del aborto tendría sentido si hubiera sido útil y adecuada para combatir esta forma de delincuencia y sus efectos fueran mensurables[48]. Hay aquí –siguiendo a Ferrajoli– una especie de fanatismo si es que se entiende por él la actitud de quien persigue la afirmación de los propios principios morales dejando que estos prevalezcan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso, permaneciendo indiferente frente a los enormes daños que su actuación ocasiona a millones de seres humanos[49].

El castigo del aborto no toma en cuenta también el fraude a la ley y la vulneración del principio de igualdad en la que incurren muchas mujeres de las clases pudientes o de economía elevada al poder viajar a otros países para practicarse el aborto, obteniendo así la más completa y sórdida impunidad[50] (*turismo abortivo*).

b. Sistema o solución del plazo

Esta postura plantea la completa y absoluta permisión del aborto durante un determinado periodo de tiempo –de allí el nombre de solución del *plazo*– que puede ir de quince días, a uno o dos meses; aunque la posición mayoritaria, tanto en la doctrina como en la legislación, lo extienda hasta antes del tercer mes de embarazo[51]. Antes de los tres meses la mujer tendría el más completo derecho y libertad para decidir si quiere continuar con su embarazo o si quiere someterse a una práctica abortiva. Luego de cumplido el plazo previsto en la ley el aborto es punible; o en todo caso, su autorización se supedita a que se cumplan con una serie de indicaciones legales[52].

---

[48] Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 71.

[49] FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 7.

[50] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Por un aborto libre», cit., p. 61; HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 247; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 100; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44.

[51] Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 95, p. 39.

[52] Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 296.

La libre elección de la mujer está sometida a límites temporales: plena libertad antes de los tres meses y restricción luego de dicho periodo de tiempo, la cual generalmente se presenta a través del establecimiento de un conjunto de condiciones o circunstancias. Hay legislaciones en las que la interrupción del embarazo no solo ha quedado impune, sino que se llega a declarar un *derecho* de la embarazada a abortar[53].

El fundamento principal para este criterio constituye la diferencia tradicional entre *feto y embrión*, propugnado por la ciencia obstétrica[54]. Dicha distinción reside en el desarrollo alcanzado por la vida prenatal antes (embrión) o después (feto) de las doce semanas (tres meses) dentro de cuyo lapso el concebido no alcanza a tener una forma humana ni logra todavía una constitución definitiva de sus órganos y miembros[55] (*argumento obstétrico*). Se alude también al menor peligro que tiene la mujer embarazada para su vida y su salud si se practica el aborto durante dicho periodo, situación que se agravaría si luego de los tres meses decide interrumpir su embarazo (*argumento del menor peligro*)[56].

Por otro lado, se señala que si el hombre es por sobre todo un ser consciente y la conciencia está ligada al correcto funcionamiento del sistema nervioso central, no se puede pasar por alto que dicho sistema se forma a partir del cuarto mes del embarazo; habiéndose demostrado que antes de esa fecha el embrión carece de nivel consciente como lo prueba la existencia del electroencefalograma plano equivalente al de la muerte cerebral de una persona (*argumento del electroencefalograma plano*)[57]. La concepción no solo es un hecho biológico, sino también un

---

53 Vide ESER, «Reforma de la Regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 90.

54 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 297.

55 Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 74.

56 De este modo, GIMBERNAT ORDEIG, «Por un aborto libre», cit., p. 62; ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 74.

57 Así, GIMBERNAT ORDEIG, «Por un aborto libre», cit., p. 62.

acto de voluntad de la madre que debe tomarse en cuenta al momento de decidir por mantener el embarazo o el aborto. Según Ferrajoli: «La madre no solo da el cuerpo a su hijo, sino también forma de persona al *nasciturus*, pensándolo como hijo»[58].

Se insiste que antes de la cuarta semana se puede provocar un aborto mediante la ingestión de medicamentos, por lo que no es necesario acudir a un tercero extraño. Incluso, los medicamentos no requieren ser abortivos específicos. Algunos movimientos corporales bruscos, el despliegue de energía o de un esfuerzo físico considerable están en condiciones a veces de acarrear la pérdida del feto. La mujer que al ver que la regla no le viene y toma un medicamento (o producto) que le hace recuperar su flujo menstrual, no sabrá a ciencia cierta si estuvo o no embarazada[59]. Ello conlleva a la insuperable dificultad de probar que ha existido embarazo o que habiéndolo su interrupción ha sido dolosa, recordándose, por ejemplo, que en Alemania en más de cien años de vigencia del Código Penal no se ha constatado una sola sentencia condenatoria por la realización de un aborto antes de la cuarta semana[60].

La base sociológica de esta corriente lo constituye el individualismo que fomenta la autodeterminación y autorrealización y el ideal emancipatorio de las corrientes feministas[61] y las cada vez más poderosas cuotas de participación de la mujer en la vida social que le hace intervenir no solo de las más importantes decisiones colectivas, sino también obliga a respetar el hecho si quiere o no ser madre. Se apunta que la maternidad como institución social y opción personal no puede ser impuesta por el Estado y la sociedad, sino que ella encuentra su sentido último en una decisión libre, responsable y sincera de la mujer[62].

---

[58] FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 6.

[59] Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 74.

[60] Loc. cit.

[61] Vide HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 250.

[62] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 72, p. 30, quien recuerda los pronunciamiento de los grupos feministas que plantean que «ninguna mujer

En último término, se apunta, que sosteniendo una posición a favor de la tolerancia del aborto no solo se garantiza el respeto a la autodeterminación de la persona y la aceptación de una responsabilidad que solo tiene sentido si se asume en condiciones de convencimiento y libertad, sino que lo que se busca es asegurar al niño un ambiente propicio para su desarrollo personal cargado de afecto, comprensión y mínimo bienestar que justamente se echa de menos cuando una madre decide practicarse el aborto.

Los partidarios de esta postura apelan al principio de intervención mínima y a su manifestación de la subsidiariedad del Derecho penal: no es que se pretenda dejar sin protección al feto antes de los tres meses sino que se reconoce que los instrumentos del Derecho penal –en especial la pena– no son los medios idóneos y adecuados para garantizar dicha protección; debiéndose apelar a otros mecanismos sociales, jurídicos o de contenido asistencial[63].

Asimismo, se plantea que la solución del plazo facilita una aproximación del Derecho penal a la realidad social[64], ofreciendo ventajas de orden práctico, afianzando la confianza en las normas, la seguridad jurídica, al evitar el desplazamiento de la decisión al médico que en el sistema de las indicaciones está sometido a un margen de incertidumbre y a una serie de riesgos jurídicos[65].

Las críticas que se vierten contra este sistema son diversas.

En primer lugar, se destaca la absoluta desprotección en la que se deja a la vida humana del concebido durante los primeros tres meses del periodo de gestación, haciendo depender la tutela jurídica de la

---

se puede considerar libre en tanto que no tenga el poder de decidir conscientemente si quiere o no ser madre», PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 171.

[63] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 251.

[64] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 89.

[65] En este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 778.

vida de la decisión de la madre de querer mantener o no el embarazo como si ella pudiera decidir correctamente en todos los casos de conflicto, situación que contradice las prescripciones constitucionales en la medida que dejan en absoluto abandono, en cuanto a tutela penal, la vida del concebido[66].

Esta postura enfatiza de manera abierta e indiscriminada en la libertad y la autodeterminación de la mujer para resolver si es conveniente continuar o no con su embarazo. Pasa por alto que la vida es un largo proceso que se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero, siendo un bien jurídico independiente y autónomo respecto a la libertad y los intereses de la madre. Es falso que la vida en formación sea el vientre y que el aborto sea asimilable a una operación de apendicitis[67].

Si se sigue y respeta la escala valorativa de bienes jurídicos a los que nuestra Constitución se adscribe es fácil contemplar que la vida de todo ser humano –y el concebido no deja de serlo– está por encima y constituye un bien más alto que la libertad de elegir y la autodeterminación[68]. No se explica por qué los intereses y la voluntad de la mujer prevalecen antes de los tres meses de embarazo, pero luego de dicho tiempo la ponderación valorativa se invierte y se comienza a proteger en toda su integridad la vida humana en formación, como si ella recién surgiera luego de dicha fecha[69], incurriendo en un planteamiento arbitrario[70].

El sistema de los plazos permite que se mate al feto sin un motivo determinante, y sin una justificación ética y jurídica válida. Esta postu-

---

[66] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 93 y 297.

[67] Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 71.

[68] Ibídem, pp. 72 y 77.

[69] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 120.

[70] Sin embargo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 89, señala que si bien la elección del tiempo en modelo del plazo es arbitrario: «tiene la ventaja de resolver el problema que plantea la interrupción voluntaria del embarazo en esta sin tener que recurrir al Derecho penal o a argumentos justificantes, más o menos hipócritas».

ra termina negando la consideración humana, jurídica y política del aborto como un *conflicto de intereses*, pues toda duda o situación de incertidumbre se soluciona prefiriendo, sin fisuras y excepción alguna, a la voluntad de la madre sobre la vida de un ser humano[71]. La voluntad de la madre siempre define y determina cualquier situación conflictiva. La única ventaja que traería su instauración es el aumento desmedido de los abortos[72]. La decisión muchas veces está presidida por un momento de pánico, presión o una motivación egoísta, puramente arbitraria de la madre[73]. Con ello, como dice Hirsch: «**Una generación se atreve a decidir sobre la vida o la muerte de la siguiente encarnada en el feto**»[74].

Se destaca también que el supuesto menor peligro que representa la práctica del aborto antes de los tres meses no depende tanto del escaso desarrollo que ha alcanzado la vida humana del concebido en el vientre materno, sino de la destreza y habilidad del personal que lo ejecuta como de las condiciones de higiene, asepsia y salubridad en las que el aborto se practica.

Por otro lado, el argumento del encefalograma plano se rebate señalando la forzosa analogía y equivocación científica en la que incurre en la medida que su objetivo es conocer el cese irreversible de la vida humana, pero no el determinar cuándo aparece la vida en el periodo de gestación[75]. Que un instrumento científico sea útil para precisar el momento en el que la vida humana cesa no significa que preste el mismo valor y servicio cuando lo que se busca averiguar es el inicio de la vida humana, más aún cuando estamos frente a un

---

71 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 93.

72 Cfr. CEREZO MIR, José, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 68.

73 Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 107, p. 44.

74 Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 251.

75 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 118: «Decir que un embrión es una *cosa* porque da electroencefalograma plano es igual que decir que un niño de tres meses es oligofrénico profundo porque no sabe articular palabra».

ser humano en desarrollo y solo es una cuestión de tiempo (días o semanas) para que se registre actividad cerebral[76].

La doctrina constitucional ha señalado que el derecho a la vida no es un derecho que solo interese y sea propio de las personas ya nacidas, sino que se extiende también al concebido desde el momento de la anidación del óvulo fecundado. La vida no comienza con el nacimiento, ni luego del tercer mes de embarazo. Se trata más bien de un proceso continuo cuyo punto de inicio es la anidación y su punto culminante es la muerte.

A quienes niegan que el concebido sea un bien jurídico protegido (o protegible) por el Derecho penal y como contrapartida adoptan el sistema del plazo se les critica duramente su inconsecuencia y contradicción sistemática, pues resulta absurdo negar que el feto sea un bien jurídico y al mismo tiempo plantear su protección a partir del tercer o segundo mes[77]. Si se sostiene que el concebido no es un bien jurídico lo correcto y lógico es concluir que antes del nacimiento la vida humana (la esperanza de vida, o como guste llamársele) no debe recibir tutela jurídico-penal alguna, concediendo a la mujer el derecho absoluto de abortar.

Desde la perspectiva político-criminal el sistema del plazo queda deslegitimado en la práctica cuando la población lejos de adoptar determinados cuidados con el fin de evitar los embarazos no deseados, (v. gr. métodos anticonceptivos) acoja al aborto como su primera vía de salida, corriendo el peligro de convertirse en el método más habitual y frecuente de control de la natalidad[78].

c. El sistema de indicaciones

El sistema de indicaciones plantea el reconocimiento de la vida del concebido como un bien jurídico que merece y necesita tutela

---

[76] Cfr. CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., p. 69.

[77] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 88.

[78] Ibídem, p. 297.

por parte del Estado y en particular del Derecho penal, hecho que abona el castigo del aborto voluntario o consentido por la mujer. Sin embargo, el reconocimiento del bien jurídico «vida» cuyo titular es el concebido, no obsta a que su protección ceda cuando lo que se defiende y protege son intereses sociales o jurídicos considerados de igual o mayor valor[79]. La regla es la prohibición jurídico-estatal del aborto y la excepción es permitir bajo determinadas circunstancias y requisitos, establecidos en la ley, que la mujer, u otro con su consentimiento, lo practique.

La diferencia entre el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones reside en que la primera postura concede plena libertad a la madre para interrumpir el embarazo durante los tres primeros meses de embarazo, mientras que el segundo criterio abre la posibilidad de interrumpir el embarazo no en base al tiempo de la concepción, sino cuando se cumplen ciertas condiciones y requisitos establecidos previamente en la ley[80]. La ventaja que ofrece el sistema de las indicaciones sobre el sistema de penalización tradicional es que permite la reducción del número de abortos ilegales y el notable descenso de abortos clandestinos[81].

La interrupción del embarazo se hace depender aquí de una determinada clase de estado de necesidad preexistente, o de otras indicaciones, cuyos presupuestos deben ser comprobados por un tercero –ya sea un médico o una comisión de expertos– y además se tiene la posibilidad de un ulterior control judicial[82]. Las autorizaciones que se establecen en el sistema de las indicaciones para la interrupción del emba-

---

79 Ibídem, p. 294.

80 Sobre el modelo de las indicaciones en la moderna ciencia penal española, vide CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., pp. 61 y ss.

81 Vide las interesantes cifras estadísticas que aporta HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 243, luego de la reforma alemana producida entre 1974 y 1976.

82 Cfr. ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 90, quien llama a este sistema: «*modelo de indicaciones sobre la base de enjuiciamiento de terceros*».

razo no debe ser visto como un derecho de la embarazada a que se le practique el aborto, pues solo representa un permiso para intervenir quirúrgicamente[83].

Dicho sistema parte de la consideración de que la vida del concebido es un interés y valor de naturaleza personal que es digno de protección y tutela jurídica desde el momento que se produce el hecho de la anidación del óvulo en el útero. La vida del feto goza durante todo el periodo de embarazo de una prioridad sobre la autodeterminación de la mujer embarazada, y no puede, por tanto, ser cuestionada dentro de algún plazo, salvo situaciones extraordinarias reunidas en un sistema de indicaciones y prescritas en la ley. La protección de la vida del concebido es independiente de la escala de valores y la decisión de la embarazada.

Dicha tutela jurídica no es absoluta, en la medida que se reconoce la existencia de otros intereses personales y jurídicos valiosos. Si bien de manera principista se afirma que el aborto por regla es punible conforme a las disposiciones de la parte general, se reconoce algunos supuestos de exención de responsabilidad penal más allá de la regulación que realiza el artículo 20° del Código Penal respecto a las causas eximentes de responsabilidad penal.

La vida del concebido no se encuentra desprotegida de manera absoluta en ninguna de sus fases de desarrollo. No obstante, el sistema de indicaciones, al mismo tiempo, permite atender a las circunstancias y condicionamientos por las que atraviesa la madre. Su adopción contribuye a la seguridad jurídica y facilita una solución satisfactoria al lograr un equilibrio en la tutela de los intereses del concebido y la voluntad (o circunstancias) de la madre[84].

El Código Penal peruano no ha recogido la tesis principal del sistema de indicaciones que plantea la *impunidad* del aborto cuando se

---

[83] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., pp. 241 y 242.

[84] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 295.

dan las circunstancias previstas por la ley. Solo ha establecido una *atenuación y rebaja* de la pena cuando el embarazo sea consecuencia de una violación sexual o inseminación artificial no consentida siempre que los hechos hubieran sido denunciados cuando menos policialmente (*aborto por indicación ética;* artículo 120° inciso 1); o cuando el embarazo conlleve el riesgo de un nacimiento con graves taras físicas y psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico (*aborto por indicación eugenésica;* artículo 120° inciso 2).

La única modalidad de aborto impune que regula la ley peruana es el llamado *aborto por indicación terapéutica*[85] (artículo 119°) que se manifiesta cuando la interrupción del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, siempre que sea practicado por un médico con el consentimiento de la mujer o de su representante legal. Una regulación legislativa en el tema de aborto como la peruana –similar a la que existía en Alemania hasta antes de la reforma de 1976– pierde contacto con las exigencias y pautas valorativas de la realidad social[86].

Las principales indicaciones para interrumpir el embarazo son la *médico– social*, por la cual debe considerarse las actuales y futuras condiciones de vida de la mujer; la *eugenésica*, que se funda en una enfermedad o disfuncionalidad grave de carácter embriopática o infantil; la *criminológica* o *ética*, que descansa en la comisión de un delito sexual (violación o abuso sexual) precedente; y la indicación del *estado de necesidad*, que se caracteriza por autorizar la interrupción del embarazo para liberar a la gestante de una situación de necesidad no evitable de otro modo[87].

---

[85] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 84.

[86] Similar, HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 253.

[87] Vide HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 238; ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 91.

Las observaciones críticas que se dirigen contra esta postura destacan su carácter cerrado y enunciativo que no agota la amplia gama de posibilidades con las que puede revelarse el conflicto de intereses entre la libertad, la vida, la salud y la dignidad de la madre y la vida del concebido.

El sistema de indicaciones si bien quiere dejar en claro la protección de la vida en el periodo prenatal estableciendo por razones de seguridad jurídica una tabla de pautas en las cuales se prescribe cuándo el aborto puede llevarse a cabo sin consecuencias punitivas para quien lo practica, no refleja todas las situaciones de conflicto que depara la realidad, el avance de la sociedad y las relaciones siempre tensionales entre la madre y el concebido[88].

Un cuestionamiento grave remarca que este modelo no soluciona de modo alguno la problemática real del aborto, pues lo único que hace es entrar a considerar situaciones extremas que no ofrecen ninguna duda, si se las contempla desde la perspectiva del estado de necesidad[89]. No se eliminan los abortos clandestinos, ni los riesgos para la mujer embarazada ni la situación de desigualdad estructural a la que, finalmente, se somete a la mujer de estrato social pobre[90].

Se sostiene, además, como objeción ética que este sistema lejos de solucionar el conflicto encubre y transfiere la toma de decisión de la madre a un tercero, representado generalmente por el cuerpo médico[91]. Se libera a la madre del peso moral de la decisión y se abre y crea un nuevo conflicto valorativo, el cual recae sobre la conciencia moral de los médicos, o profesionales de la salud, pues no solo hay el riesgo de una dura oposición entre el ejercicio de su profesión y el respeto de

---

[88] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 91, quien remarca que en ningún lugar del mundo se ha conseguido una concreción completa y satisfactoria de las indicaciones.

[89] Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44.

[90] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 296.

[91] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 108; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 295.

la vida; sino que aparece también la eventualidad del error en el diagnóstico de la concurrencia o no de una indicación; sin dejar de contar el trámite burocrático y tedioso, cuya duración puede rebasar el límite temporal fijado en alguna de las indicaciones o el tiempo del embarazo mismo[92].

Se resalta el hecho que el sistema de indicaciones puede fracasar por su escasa viabilidad práctica[93] o por una defectuosa regulación administrativa de la forma cómo se debe operativizar y llevar a cabo dicho modelo[94], que puede ir desde la ausencia o deficiente regulación a la exagerada burocratización en la obtención del permiso para realizar la interrupción del embarazo[95]. Asimismo, se enfatiza en el hecho que el sistema de indicaciones supone la imposición de una moral sexual unilateral utilizando al efecto la represión penal[96] y la intromisión abusiva e intolerable del Estado en la intimidad de la mujer que es quien finalmente debe decidir cuántos hijos quiere tener[97].

Excurso: El modelo discursivo orientado a la situación de necesidad

Una de las posturas más destacadas en el Derecho comparado sobre la interrupción del embarazo es el llamado «*modelo discursivo orientado a la situación de necesidad*». Este planteamiento reconoce a la vida prenatal como un bien e interés social protegido por el Derecho penal y admite excepcionalmente la interrupción del embarazo en caso de un estado de necesidad o de conflicto, pero cuya característica principal es sustentar que la decisión última a favor o en con-

---

92 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 295.

93 Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 252.

94 Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 120.

95 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 108.

96 Así, GIMBERNAT ORDEIG, «Por un aborto libre», cit., p. 63.

97 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 296.

tra de la interrupción queda en manos de la conciencia y de la responsabilidad de la gestante, quedando liberada de una revisión judicial posterior[98].

A diferencia de la solución del plazo no se toma en cuenta –al menos de manera prioritaria– un determinado periodo de tiempo, si no una situación y circunstancia conflictiva de intereses que debe ser resuelta por la decisión autónoma de la mujer la que debe analizar si tal condición concurre o no. No es que la interrupción del embarazo se deje –como en la solución del plazo– en manos de la libertad de la embarazada, sino que se exige la existencia de una situación de necesidad y su valoración por la gestante[99].

El hecho que se prescinda de la valoración última de un tercero –como en el modelo de indicaciones– no significa que se elimine el asesoramiento y la ayuda de orientación que ha de recibir la embarazada. Importa más bien reconocer que las perspectivas de vida, las prioridades vitales y los conflictos personales de la gestante no pueden ser determinadas ni sopesadas por un tercero, y menos aún decididas en representación de ella[100].

Dicho criterio se apoya en la necesidad de asesoramiento y ayuda a la mujer embarazada, siendo el impulso más idóneo y efectivo para la conservación de la vida que la misma amenaza de pena. El asesoramiento está en condiciones de lograr una decisión de la madre a favor de la vida prenatal, pero su efecto mayor es actuar y desplegar sus efectos contra embarazos futuros. La ayuda y dirección que recibe la gestante no se limita a tímidas indicaciones tendientes a solucionar el conflicto actual que le toca vivir, sino más bien busca orientar el riesgo de embarazos futuros, evitando la eventualidad de incurrir en un aborto.

---

[98] Vide ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 102.

[99] Ampliamente, ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 93.

[100] ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 108; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 72.

CAPÍTULO XI
VALORACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

I. El aborto como problema humano y conflicto social

El aborto es un conflicto que reviste dos polos. Por un lado, enfrenta a la libertad, vida, salud y dignidad de la madre con la vida humana del concebido; y por el otro, constituye un problema social y humano cuya solución debe comprometer a toda la comunidad, en la medida que están en juego bienes de inestimable valor[1]. Resulta estrecha y limitada la concepción que reduce la problemática del aborto a una aislada colisión de intereses cuyos únicos actores protagónicos son la madre y el concebido; cuando, en realidad, las causas de dicho conflicto son la sociedad y la organización política que la representa: El estado.

En la problemática jurídica del aborto debe valorarse que el Derecho penal solo se justifica por su capacidad de prevenir daños a las personas sin ocasionar efectos aún más dañosos de los que es capaz de impedir, pues, como afirma Ferrajoli, de lo contrario: «[...] degenera en despotismo siempre que se arroga funciones pedagógicas como instrumento de simple estigmatización moral»[2].

La interrupción del embarazo no procede únicamente por una decisión libre e incondicional de la mujer de privar de la vida al concebido, sino que su decisión se ve favorecida –y muchas veces se llega a

---

1 Cfr. ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 101.

2 FERRAJOLI, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», cit., p. 8.

una coacción insoportable– por factores sociales y económicos como, por ejemplo, la desigual distribución de la riqueza, la tradicional postergación de la mujer en su rol social humano, el abandono o la amenaza de la que es objeto por parte de su pareja, los elevados márgenes de pobreza[3], los perjuicios –muchas veces irracionales– de naturaleza moral y ética que arrastra la maternidad fuera del matrimonio, los déficit educativos, la cultura y la escasa preparación de la madre[4] –y también del varón– en cuanto a la organización y desarrollo responsable de la vida sexual, etc.

El conflicto y drama humano que constituye el aborto no es comparable con otros casos de colisión de intereses. Representa más bien un conflicto sui géneris que resulta de la «duplicidad en unidad» de la madre gestante y el niño que crece dentro de ella[5].

Si la interrupción ilegal del embarazo antes que un problema jurídico es un **problema humano y social** –que existe en todas las capas y estratos sociales y que más allá de las variaciones estadísticas de la criminalidad se manifiesta en todos los países del mundo, independientemente de la regulación jurídica que se tenga del aborto–, su lucha y enfrentamiento como exigencia político-criminal, derivada del principio de intervención mínima, debe tener como principal y primera respuesta medios y estrategias de corte social, económico y educativo[6]. Se debe preferir una ayuda y asistencia en lugar de la pena[7].

---

[3] Ilustrativo al respecto, KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 456.

[4] En el caso de Alemania, vide KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., pp. 456 y ss.

[5] Vide ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 97.

[6] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 253, quien refrenda al aborto como un «problema sociopolítico en general». MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 146.

[7] Cfr. BACIGALUPO/GROPENGIEBER, «La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española», cit., p. 534.

II. Las limitaciones de los instrumentos del Derecho penal en la lucha contra el aborto

Los instrumentos tradicionales del Derecho penal (penas y medidas de seguridad) no son los medios más idóneos y adecuados para la lucha y enfrentamiento contra esta forma de criminalidad violenta[8]. La legislación penal o de otros órdenes –como la sanitaria– no debe ocupar el lugar central.

El legislador a la hora de inclinarse por determinada solución o modelo legal en la regulación del aborto debe tener en cuenta, entre otros factores, el elevado índice de abortos clandestinos que se practican en una determinada sociedad y que genera una serie de graves problemas de tipo social y personal[9].

Basta detenerse en el peligro que encierra la ejecución de prácticas abortivas para la vida y salud de la madre, más aún cuando estas se llevan a cabo en nuestra realidad en condiciones de máxima insalubridad y antihigiene. Asimismo, debe valorarse los gastos de hospitalización, curación, asistencia y atención médica que debe desembolsar tanto la madre como el Estado en la solución y adecuada atención del problema, situación que se complica aun cuando se tiene en cuenta las elevadas tasas de mortalidad que sufren las mujeres gestantes que optaron por prácticas abortivas.

Por último, no debe olvidarse las condiciones de pobreza, limitación económica y déficit educativos a los que se encuentran sometidas las clases más pobres de la población y que a la postre constituyen los clientes más comunes y asiduos de esta figura delictiva. No puede ignorarse también la industria que se mueve tras este crimen, lo cual

---

[8] ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 168: «El Derecho penal solo puede ser uno de los medios para contrarrestar con tiempo, los abortos [...]. Sin un flanqueo de política social la prohibición penal del aborto no pasa a ser en última instancia, una incompleta, cuando no hipócrita declaración de principios a favor de la vida en gestación». ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 293; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86.

[9] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 177.

genera millones de dólares a costa de la vida de seres humanos y de la desgracia personal de las madres y de su familia[10].

Insistentemente se señala que la adopción de un sistema que busca solucionar el conflicto de intereses de la madre y el concebido (modelo de las indicaciones o de los plazos) no determina cambios esenciales en la manifestación de la criminalidad pues, más allá del hecho que en este ámbito falten datos empíricos, no se puede afirmar que la inclinación a favor de la solución de los plazos ofrezca y garantice un menor número de interrupciones del embarazo que la solución de la indicaciones; o que el modelo de las indicaciones genere una mayor cifra negra y criminalidad que el modelo del plazo[11].

III. La etiología en la comisión del delito de aborto

La práctica de abortos en una sociedad depende de factores culturales, sociales y educativos de diversa índole como de la concepción y sentido que la mujer asuma de la organización familiar y de las relaciones sociales que presiden los vínculos entre varones y mujeres. Se plantea también como un dato válido para todos los países que las gestantes no se motivan y no se dejan influenciar por la penalización del aborto al momento de decidir por él[12] o por su posición a favor o en contra de la liberalización del aborto[13].

La ideología y postura sobre este tema no ejerce un peso decisivo y poderoso a la hora de optar por el aborto o continuar con el embarazo. Las penas con las que se amenaza al delito de aborto (más allá de su severidad) no despliegan ningún efecto considerable de prevención especial y

[10] Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 68, p. 27 y ss.

[11] Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 464; ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», cit., p. 102.

[12] Vide HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 252.

[13] Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 464.

de prevención general[14]. Ello se debe al hecho que en los mecanismos de valoración y de decisión de la mujer gestante ingresan a tallar, ejerciendo un peso decisivo, elementos extrajurídicos de carácter personal (v. gr. educación, sentimientos, relación con la pareja, apoyo de la familia, etc.), social (v. gr. variables económicas, de clase, empleo, estima social, etc.) o la experiencia de resolver situaciones extraordinarias[15].

En todo caso, lo que queda claro es que la postura personal acerca de la punición del aborto, del sistema más conveniente (indicaciones o del plazo), las sanciones penales y su eventual endurecimiento, no desarrollan una razón de peso en la decisión de la mujer gestante al momento de abortar.

Criminológicamente se ha demostrado que las mujeres más propensas a abortar son aquellas que no tienen una relación de pareja regular, se encuentran en periodo de formación y disponen de pocos ingresos. En la aceptación emocional del embarazo por parte de la mujer importa mucho la relación que lleva con su pareja, la predisposición del hombre al embarazo, los medios económicos disponibles, la reacción de la familia, etc.[16].

IV. La estrategia político-criminal en la lucha contra el aborto

Los medios que se deben emplear para prevenir y evitar la ejecución de abortos punibles son diversos, pero siempre debe valorarse con prudencia la fuerza y eficacia de la prevención jurídico-penal en este ámbito de infracciones, por lo que debe darse preferencia a medidas extrapenales para la protección de la vida no nacida[17].

[14] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 104; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 294.

[15] Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 462.

[16] Ibídem, pp. 464 y 467.

[17] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 294; KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 465.

En primer lugar el establecimiento de una adecuada *política educativa* en el plano de la vida sexual, que no solo debe abarcar un regular conocimiento de una correcta planificación familiar, sino que debe extenderse a la transmisión de pautas valorativas sobre las responsabilidades y el conflicto de conciencia que surge a causa de los embarazos no deseados. Mientras la tarea educativa incida más en la formación espiritual del hombre –por encima o igual que su adiestramiento técnico– y lo haga consciente de las responsabilidades humanas (tanto personales como sociales, que asume con el embarazo) más se fortalecerá la opción pro vida, evitándose las interrupciones de embarazos ilegales. La conciencia, las valoraciones y las pautas de orientación individual que provee una educación y formación humana de calidad es el primer y el más importante dique de contención que se coloca contra el aborto.

Asimismo, se debe instaurar una *política de planificación familiar* no solo informativa sino que provea de los instrumentos y medios materiales a varones y mujeres para evitar los embarazos[18]. En estos casos cobra relevancia la administración y entrega gratuita de métodos anticonceptivos[19], cuyo empleo debe ir acompañado de recomendaciones tanto médicas como éticas, acerca de la responsabilidad en su uso[20], los cuales no solo influyen en la tasa de natalidad, sino también logran evitar embarazos no deseados que son la principal causa del aborto[21].

Aunque una correcta planificación familiar no se reduce al adiestramiento en el manejo y utilización de métodos anticonceptivos, es recomendable enfatizar en ellos si es que se quiere prevenir los embarazos no deseados que son la causa principal de la interrupción del embarazo en determinadas capas de la población, sobre todo en aque-

---

[18] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 168.

[19] Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 73.

[20] Cfr. ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 111.

[21] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 13, p. 5.

llas que se encuentran en pobreza extrema, o en ciertos sectores de la misma, cuya práctica sexual a veces resulta indiscriminada como es el caso de los adolescentes.

Desde el plano estrictamente social la etiología para la comisión de abortos descansa en la desigual e inequitativa distribución de la riqueza entre los ciudadanos, cosa que genera en las clases más pobres y necesitadas la imposibilidad de mantener una prole numerosa, situación que produce conflictos de tipo socio-económico que se resuelven cometiendo abortos punibles[22]. No es que la gestante decida libremente abortar, sino que ante la imposibilidad de lograr una vida digna para sus hijos y la nueva responsabilidad que le corresponde asumir es que se decide a favor de la comisión del ilícito.

Si bien el aborto se presenta en todas las capas de la población y en todos lo estratos socioeconómicos de la comunidad, el conflicto es más intenso y agudo en las capas sociales sumidas en la pobreza más extrema o que poseen déficit en el empleo o en el poder adquisitivo[23].

Una política estatal idónea si bien no puede solucionar la problemática del aborto, pero si está en condiciones de atenuar y menguar su estadística, es aquella que dispensa prestaciones y ayuda económica a las madres gestantes de bajos recursos[24], ya sea a través de la seguridad social o de un programa especial, pues como señala, con razón, Roxin: «Si el Estado no considera como asunto privado de la mujer lo que hace con el hijo que espera, sino que se inmiscuye en su destino solo por interés en la conservación de la vida, también tiene que asumir la corresponsabilidad por el niño [...]. Si el Estado impone a una

---

22 Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 76.

23 Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 456.

24 Cfr. ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 75; ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 106; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 172.

mujer el deber de traer al mundo al feto, aquel tendrá que cuidar simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de paternidad. Y si el Estado no está en situación de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción de un embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello»[25].

Otra de las estrategias político-criminales de uso en los países desarrollados en la lucha contra las prácticas abortivas, es la que se preocupa por brindar un servicio de **asesoría** en diversos aspectos a la madres gestantes con el fin de favorecer una correcta y responsable decisión, que en unos puede ser prescrito de manera facultativa y en otros de manera obligatoria.

Los servicios de asesoramiento permiten que la sociedad y el Estado puedan cumplir su tarea prestando a las mujeres necesitadas consejo y ayuda[26]. Sin embargo, las preguntas que se encuentran pendientes de respuesta son *quién* debe asesorar (solo el médico o algún centro de orientación), y *sobre qué* hay asesorar (solamente información médica o también asesoramiento anticonceptivo, así como sobre cuestiones sociales)[27].

En todo caso, se postula que el asesoramiento tiene como finalidad el informar a la mujer ampliamente de modo que pueda tomar una decisión bajo su propia responsabilidad, explicándole los pro y contra de su interrupción sin impulsarle en una determinada dirección[28].

---

[25] ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., 78/9.

[26] Vide HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 246.

[27] ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 97.

[28] Cfr. BACIGALUPO/GROPENGIEBER, «La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española», cit., p. 537;

Empero, debe destacarse que la instauración de un modelo y una estrategia de regulación de la interrupción de embarazos –en el que se incluye la asesoría permanente a la mujer embarazada– requiere una notable inversión de recursos, infraestructura y personal capacitado que un Estado subdesarrollado como en el Perú no está en condiciones de solventar, situación que hace muy difícil la realización y viabilidad del proyecto[29].

V. Las tendencias político-criminales en el Derecho comparado en la lucha contra el aborto

Las tendencias legislativas y de política criminal en materia de interrupción del embarazo tienen como ejes centrales tres cuestiones[30].

En primer lugar, la *medicalización* por la cual al profesional de la salud le corresponde cumplir un papel cada vez más importante en la interrupción del embarazo. La punibilidad en líneas generales pasa de la gestante al médico: mientras en un inicio la mujer embarazada era la única o principal responsable por el delito de aborto, en gran parte de países el médico se convierte en el protagonista principal de la responsabilidad por este delito. A la mujer se le exonera de responsabilidad siempre que la interrupción del embarazo sea practicada por un médico, situación que cambia el centro de gravedad en materia penal.

En segundo lugar, la tendencia a la *procedimentalización* de la interrupción de embarazo, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones previas (v. gr. comprobación de una indicación o de un asesoramiento), el tener que proceder de una determinada manera o a cargo de un especialista (v. gr. médico) o el cumplir con determinadas for-

---

ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 98; ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 111.

29 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 115, p. 47.

30 Por todos, ampliamente, ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 101.

malidades con posterioridad a la interrupción del embarazo (v. gr. comunicación a determinadas instancias públicas). Aquí cobra una importancia decisiva, y de signo mayúsculo, las tareas de asesoramiento y de apoyo asistencial a favor de la mujer embarazada.

Por último, debe destacarse la *socialización* del tratamiento de la interrupción del embarazo, postura que promueve su entendimiento no como un problema estrictamente personal, sino como un conflicto que afecta al contexto inmediato de la embarazada (pareja, familia, etc.) y que compromete a la sociedad en su conjunto, y que además busca impedir presiones ilícitas que aumentan las tensiones de la gestante.

VI. El descubrimiento y persecución del delito de aborto

Una política criminal atenta, racional y metódica debe valorar y estudiar cuáles son las circunstancias que permiten el conocimiento de la comisión de un delito de aborto a las instancias de control social formal, encargadas de la persecución del delito, pues solo así es posible acometer e implementar, con cierto éxito, una lucha eficaz contra esta forma delictiva.

En nuestra realidad, la mayor parte de investigaciones sobre la presunta comisión del delito de aborto surge de las intervenciones administrativas y/o sanitarias que realiza el Ministerio Público en coordinación con la Policía Nacional en locales, oficinas o establecimientos que, tras la fachada de centro de diagnostico del embarazo, se dedican a cometer esta clase de delitos y que es regentado por presuntos médicos y ginecólogos, que en la mayoría de casos carecen en absoluto de título profesional y realizan dicha actividad con métodos rudimentarios y material no esterilizado.

Asimismo, el conocimiento de estas clínicas clandestinas se ha logrado en virtud de la información proporcionada por vecinos o personas particulares que trabajan o viven cerca de dichos lugares[31].

---

[31] Si bien en la mayoría de casos dichas intervenciones solo logran recoger las huellas del delito (prendas con sangre, manchas, material quirúrgico, etc.) e incautar el material e ins-

En el Derecho comparado (Alemania) se establecen tres causas principales de conocimiento de la comisión de delitos de aborto: a) la información derivada de otro proceso penal o de una investigación en curso; b) la autodenuncia involuntaria de la mujer afectada ante alguna autoridad o funcionario público; y c) la denuncia del novio, pareja o esposo dentro de los conflictos de pareja[32].

trumental quirúrgico, y no se captura en flagrancia a los supuestos médicos y ginecólogos, ni se logra identificar a los «*usuarios del servicio*», por lo que sus efectos preventivos se reducen al mínimo, es posible ensayar su castigo –al menos como planteamiento dogmático– a través del correcto y adecuado uso del delito de asociación para delinquir (artículo 317º del CP), siempre que se logre demostrar fehacientemente que se trata de la organización, permanente y estable, de dos o más personas cuya finalidad es cometer delitos (abortos).

[32] Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 454.

CAPÍTULO XII
BIEN JURÍDICO

Las posiciones dogmáticas sobre el bien jurídico protegido en el delito de aborto son diversas[1], estas sufren una notoria influencia de las valoraciones político-criminales sobre la punición del aborto[2]. Entre las más importantes tenemos:

I. EL INTERÉS DEMOGRÁFICO DEL ESTADO

Esta postura plantea que el objeto de protección en el delito de aborto es el interés demográfico que tiene el Estado para diseñar y controlar una política de crecimiento de la población[3], según sus intereses y pautas valorativas[4]. La política y el interés demográfico dependerán de las circunstancias de un país, v. gr. el favorecimiento de la natalidad cuando ha disminuido drásticamente por el envejecimiento de la población; o, por el contrario, el control de la natali-

---

[1] Al respecto, MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 174.

[2] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 111.

[3] Expresamente, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 34, quien estima que el *interés demográfico* «es el interés social de su propia perpetuación mediante la protección de los que se da en llamar la *spes vitae*». En Brasil: MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 175.

[4] Así, aunque confiriéndole el rango de bien jurídico secundario: BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., pp. 121-122; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 71 y ss., quien considera que el aborto lesiona diversos bienes jurídicos, entre ellos «el interés del Estado en mantener una elevada cuota de natalidad». En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 529.

dad si median problemas de superpoblación o excesiva densidad demográfica. El producto de la concepción solo sería el objeto material del delito[5].

A esta tesis se le dirigen severas críticas que remarcan el carácter autoritario y antidemocrático del planteamiento[6], que lesiona la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, pues el conflicto entre la libertad, salud y vida de la madre, por un lado, y el derecho a la vida del feto por el otro, es usurpado y monopolizado por el Estado quien por último niega dicho conflicto o, en caso de reconocerlo, lo resuelve a su antojo y de manera arbitraria, pues su prohibición o permisión está supeditada a las variables estadísticas que arrojen el crecimiento de la población nacional: a un crecimiento desmesurado de la población se imponen la autorización y permiso para el aborto, mientras que frente a un crecimiento insignificante o un descenso de la población se impone una prohibición en contra de las interrupciones del embarazo.

La protección penal se debe plantear con independencia del crecimiento o caída de los índices de la población[7]. Asimismo, se enfatiza el hecho contradictorio que el Estado, por un lado, utilice la amenaza de castigo más grave que tiene el ordenamiento jurídico (penas y medidas de seguridad) para asegurar la perpetuación de su población; y, por el otro, coloque a disposición de los ciudadanos medios, estrategias y mecanismos tendientes a evitar los embarazos no queridos[8].

Hoy en día, el criterio demográfico carece de consistencia pues justamente uno de los problemas más acuciantes de la humanidad es la superpoblación mundial[9], hecho que si se contempla desde el punto de vista macroscópico debería llevar a la absoluta permisión de la inte-

---

[5] Así, MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 175.

[6] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 568.

[7] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 112.

[8] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/7, p. 274.

[9] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 69.

rrupción de los embarazos y las prácticas abortivas. Si el planteamiento aludido tuviera alguna coherencia y fuera consecuente con sus puntos de partida debería también plantear la necesidad de configurar como delito la esterilización y el uso de medios y métodos anticonceptivos[10].

II. LA ESPERANZA DE VIDA

Esta postura sostiene que el concebido no constituye todavía una vida humana en sentido estricto –sobre todo antes de la duodécima semana– dado que no posee dicha forma, sus órganos no se han desarrollado y carece de actividad cerebral propia del sistema nervioso central. Prueba de ello es que antes del tercer mes tiene un electroencefalograma plano[11]. Más que proteger una vida humana, lo que tutelaría el Derecho penal es una *esperanza de vida*[12] o el valor sociocultural que puede alcanzar el futuro miembro de la sociedad[13].

Las objeciones a este punto de vista no se hacen esperar. Así tenemos:

La primera de ellas recuerda la obsolescencia y la nula validez científica de este planteamiento que podría haber alcanzado algún caudal de adeptos en el pasado, pero que en el presente no puede sustentarse sin caer en el ridículo de contradecir los avances de la biología y la genética que afirman, de modo categórico, la existencia de vida en el embrión y en el feto; y no solo una esperanza de vida. Dicho criterio es una muestra de cómo las construcciones jurídicas, a veces, se elaboran al margen de la ciencia, contradiciendo sus avances; o en el mejor de los casos, constituyen una prueba de cómo el desarrollo científico invita a reflexionar y abandonar posiciones jurídicas carentes de respaldo epistemológico.

10 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 54, p. 20.

11 Vide GIMBERNAT ORDEIG, «Por un aborto libre», cit., pp. 57 y 62.

12 Así, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121, quien considera como bienes jurídicos secundariamente protegidos a la vida e integridad física de la madre y el interés demográfico del Estado. También CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 529.

13 DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 321.

Por otro lado, se llega a sostener que la esperanza de vida se convertiría recién en vida humana con el nacimiento, no pudiendo explicar cómo la vida aparece de pronto «por generación espontánea», en este hecho biológico[14].

Se pasa por alto que el nacimiento solo representa una etapa más –si bien indiscutiblemente importante– en el desarrollo de la vida humana y su necesaria protección jurídica que se inicia con la anidación y que solo culmina con la muerte. Se confunde de manera clamorosa «vida humana» con «persona» (*ut supra*), como si fueran –en un grave error– desde el punto de vista penal equivalentes, transplantándose conceptos propios del Derecho civil al campo penal.

Si se sostiene como bien jurídico protegido en el delito de aborto a «la esperanza de vida», se llegaría al absurdo y a la extrema contradicción lógica de plantear como objeto de tutela algo que no existe[15] y que no tiene alguna virtualidad físico-biológica (ontológica), pues una esperanza de vida no es todavía una vida humana, sino simplemente una expectativa de ella. El Derecho penal, lejos de tutelar bienes e intereses personales y sociales, pasaría a proteger ficciones y «proyectos» que todavía no son realidades.

III. LA VIDA HUMANA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina penal contemporánea de manera absolutamente mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana[16]. Nuestra jurisprudencia también así lo recono-

---

[14] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 44.

[15] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/9, p. 276.

[16] En la doctrina nacional: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 254; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 39, p. 14, quien señala: «Este es el criterio rector, aun cuando en un segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o vida de la madre y, más lejanamente, el capital demográfico de la sociedad». En la ciencia penal española, CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., p. 66; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 285 y 147: «[L]o decisivo para la protección jurídico-penal de la vida humana es la existencia como realidad físico-biológica y no la mera condición de persona». GONZÁLEZ RUS,

ce[17]. Se sostiene, con razón, que en el homicidio y en el aborto se protege el mismo bien jurídico, aunque en una distinta fase de desarrollo: la vida prenatal en el aborto y la vida posnatal o durante el nacimiento en el homicidio. El concebido (feto o embrión) no es una esperanza de vida, sino una vida humana[18]. Si bien todavía no es una persona, tampoco se trata de una mera cosa[19]. No es potencia, sino realidad; no es proyecto, es existencia.

En la consideración del bien jurídico protegido en el aborto, lo decisivo son los criterios valorativos más que las puras comprobaciones biológicas, pues si estas fueran las decisivas bastaría tener en cuen-

---

en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 111; ÍDEM, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 76; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 767; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87. Aunque también plantea la necesidad de tener en cuenta otros intereses como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículos 144º-146º/10, pp. 277 y ss.; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 73; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 40. Con matizaciones, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 69. En la doctrina penal argentina, CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990, T. I, p. 61; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 160; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 149. En la doctrina alemana, ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 72: «Una sociedad que considera la vida humana como el más alto de todos los bienes jurídicos y castiga su destrucción con las más duras sanciones de que dispone, que da el mismo trato de intangible a la vida del moribundo, del enfermo mental incurable y del asesino que a cualquier otra vida humana y condena con razón como bárbaro retroceso a cualquier relativización de la protección a la vida, una sociedad que además vive con bienestar y que, si está dispuesta, puede educar y cuidar a sus niños, una sociedad así no puede negar por principio el derecho a la vida del no nacido si no quiere negar y poner en peligro su sistema de valores, que en este punto necesita ser preservado sin restricciones».

17 Vide el Exp. Nº 5821-97, del 26 de febrero de 1998, resuelto por la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima cuando declaró que: «En esta clase de delitos (aborto) se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo segundo, inciso primero a la vida humana como derecho fundamental de la persona y se establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca». Al respecto, ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, *Código Penal. 10 años de jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 199.

18 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 147-148.

19 Cfr. CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., p. 69; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 249.

ta que el punto de partida y el momento inicial de la vida, desde el punto biológico, es la fecundación para que toda discusión se agote y dé por cancelada. Sin embargo, la protección de la vida está supeditada a una decisión valorativo-normativa[20].

El valor jurídico de la vida del concebido no proviene de los derechos que se le reconocen a la madre o de los derechos fundamentales de la mujer[21], sino que posee un valor y un significado jurídico-autónomo, pues se trata de la vida de un nuevo ser humano. El hecho que su vida dependa biológicamente de la madre gestante, no opaca ni enturbia la estimación del bien jurídico (vida humana del concebido) como portador de una valoración jurídica autónoma.

Sin embargo, que sea el mismo interés social y jurídico protegido en el homicidio y en el aborto no significa que las valoraciones sobre este sean idénticas o necesariamente las mismas (*ut supra*) y que estas tengan el mismo grado y nivel de repercusión jurídica a la hora de fijar la escala de sanciones que reprimen los atentados que afectan a dichos bienes jurídicos. La tutela penal se vuelve más amplia, rígida y severa en el homicidio, mientras que la tutela de la vida humana en el aborto es más flexible y cede frente a un mayor número de intereses como la autodeterminación de la madre o la presencia de situaciones conflictivas[22].

Prueba de ello es la regulación y las penalidades asignadas al homicidio en nuestro Código Penal como en la mayoría de legislaciones de nuestra órbita cultural. Mientras la vida humana más se desarrolla más se intensifica el grado de tutela jurídica, y en especial la intervención del Derecho penal. El punto culminante para el cambio de valoración jurídica y que da lugar a la diferenciación entre aborto y homicidio lo determina el acontecimiento del parto. En el delito de aborto no se protege la salud del feto, sino solo su vida[23].

---

[20] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 148.

[21] En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 168.

[22] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 89.

[23] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 43; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78.

Sin embargo, la afirmación respecto a que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana, si bien no es inexacta, es incompleta y tiene una clara imprecisión que puede conducir a graves equívocos en la medida que también en el homicidio se protege la vida; de tal manera que se puede llegar a sustentar que en ambas figuras penales se protege –sin variación alguna– el mismo bien jurídico; situación que de ser cierta traería consigo el planteamiento que una de las dos figuras está demás.

La doctrina, buscando lograr una mayor precisión, se encarga de señalar correctamente que en el aborto lo que se protege, en realidad, es la vida humana *dependiente*[24], en *desarrollo*[25] o en *formación*[26]. Nosotros preferimos señalar que el objeto de tutela en el aborto es la **vida humana en su fase prenatal**[27].

El Estado respecto a su relación con el bien jurídico «vida» tiene un doble deber. Por un lado, se le atribuye la obligación de respetarla,

---

[24] El criterio que considera como bien jurídico protegido en el aborto a la *vida humana dependiente* no se encuentra libre de reparos y objeciones. Una de ellas destaca la posibilidad de entender la dependencia en un sentido funcional, hecho que llevaría no solo a limitar la protección de la vida prenatal en el aborto, sino a extender el ámbito de la tutela jurídica a un largo periodo de tiempo posterior al nacimiento, en el que el recién nacido también se encuentra en una situación de dependencia respecto a la madre o los médicos. El hecho que el ser humano no pueda desarrollar por su cuenta algunas necesidades de corte biológico básicas lo hace sin duda alguna dependiente de la madre. Asimismo se ha de valorar de que nuestro derecho positivo la referencia a la vida humana dependiente como objeto de tutela en el aborto, no explica de manera satisfactoria y convincente por qué se considera homicidio –y no aborto– al acto de matar a quien todavía no ha nacido –y, por tanto, se encuentra en una situación de dependencia– siempre, eso sí, que hayan comenzado los dolores del parto y las contracciones intrauterinas en la madre gestante.

[25] La referencia a la *vida humana en desarrollo*, como bien jurídico protegido en el delito de aborto, es un planteamiento que se presta a equívocos y a malentendidos, pues la vida –mientras es vida– no deja de encontrarse en una etapa de constante y permanente «desarrollo», el cual nunca se paraliza o detiene. También luego del parto –y no solo antes de él– la vida se desarrolla y evoluciona, alcanzando ciertos niveles biológicos y psicológicos de crecimiento. En realidad, la vida prenatal es solo una de etapas de desarrollo –la primera– por la que atraviesa la vida humana.

[26] Así, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 568; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 285.

[27] Así también, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 767.

absteniéndose de realizar acciones lesivas que la menoscaben (v. gr. pena de muerte); y por el otro, el deber de hacerla respetar por los demás miembros de la sociedad en la medida que constituye un bien jurídico fundamental[28].

[28] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 47, p. 17; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 167.

CAPÍTULO XIII
LÍMITES TEMPORALES DE PROTECCIÓN A LA VIDA HUMANA EN EL ABORTO

Si la vida humana prenatal es el bien jurídico protegido en el aborto, es indispensable determinar tanto el límite mínimo, preguntando desde cuándo se protege la vida humana, como el límite máximo, delimitando la frontera con el homicidio[1].

I. EL LÍMITE MÍNIMO DE PROTECCIÓN A LA VIDA EN EL ABORTO. LA ANIDACIÓN

Si bien desde el punto de vista biológico-natural se puede afirmar que el inicio de la vida humana comienza con la *fecundación*, en virtud de los datos que provee la ciencia, en especial la genética; la individualización del nuevo ser humano recién se produce catorce días más tarde cuando se configura la **anidación** en el útero[2]. Antes de la anidación

---

[1] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87.

[2] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 240; ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 151; LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/25, p. 292; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 771; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 75; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 41; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 570; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 148. En la ciencia penal peruana, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 140 y 141, pp. 57 y 58; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 254; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78.

–según la Sociedad Alemana de Ginecología– el hecho de la fecundación es desconocido[3]. La tutela penal no comprende al «*preembrión*» o al «*embrión preimplantatorio*»[4]. Está demostrado que antes del décimocuarto día, el cincuenta por ciento (50%) de los óvulos fecundados se pierden de forma espontánea antes de la anidación, constituyendo el 80% del total de abortos espontáneos[5], y los que subsisten se encuentran sometidos a posibilidades de fusión y de división. Antes de la anidación existe una elevada inestabilidad del embrión, habiendo una selección natural en esta etapa, llegándose a comprobar que los óvulos fecundados que son abortados son portadores de graves patologías de cromosomas o de malformaciones congénitas. Hay aquí una indiferenciación e insuficiencia genéticas, de inestabilidad del cigoto y de autoselección biológica[6].

El Derecho penal que valora positivamente este dato científico considera a la anidación como el principio de protección de la vida, siendo necesario, por tanto, la implantación del embrión en el útero materno, dado que solo allí recibe del organismo de la madre los impulsos necesarios para su desarrollo. Si el aborto se caracteriza por la ruptura de la relación biológica entre el concebido y la madre, dicho vínculo recién se produce después de la anidación[7].

Además de los resultados científicos que el Derecho no puede desconocer, se alegan también las irresolubles dificultades probatorias y la existencia de métodos de control de la natalidad de profundo arraigo social que impiden no tanto la fecundación del óvulo, sino la anidación y que de pasarse por alto –sosteniéndose la tesis de la fecundación– implicaría la comisión del delito de aborto[8].

---

[3] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 149.

[4] Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 75.

[5] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 150.

[6] Loc. cit.

[7] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 128.

[8] In extenso, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/25, p. 292.

Por ello, la destrucción del óvulo fecundado hasta el decimotercer día después de la concepción es un comportamiento lícito, lo mismo que el empleo de medios que traten de impedir la anidación[9].

El planteamiento de la anidación permite excluir del ámbito típico –y, por tanto, de punición– la destrucción de embriones fecundados in vitro, aún no implantados[10] –ya que la acción del aborto ha de recaer siempre sobre la vida de un feto vinculado a una mujer– así como la *mola* (óvulo fecundado que sufre alteraciones patológicas que se convierte en parásito de sangre de la mujer)[11] y el llamado embarazo *extrauterino*[12]. Su ventaja práctica es indudable por la solución que ofrece a los problemas concretos.

En la comisión del delito de aborto es necesario que el feto se encuentre vivo cuando se realicen las maniobras abortivas; de tal modo

[9] Cfr. HIRSCH, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», cit., p. 240; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 88, quien resalta que la teoría de la anidación amplía el campo de acción de los medios anticonceptivos, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 41; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 162; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 144, p. 59; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 259.

[10] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 74; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 127; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 771; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, Vol. I, p. 70; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 146; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 79.

[11] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 151; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 41; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 92; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 164; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 177; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 77.

[12] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121; LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/26, p. 293; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 88; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 164. En contra, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, Vol. II, p. 531.

que las conductas que recaigan sobre un feto o embrión muerto sean atípicas como la expulsión provocada de un feto que hubiera muerto previamente. Solo habrá delito de lesiones sobre la mujer si es que las maniobras abortivas se han practicado sobre el cuerpo de la mujer y se ha ocasionado daño a su salud[13].

Un sector destacado de la doctrina viene exigiendo, junto a la necesidad lógica de vida del feto, la existencia de una *viabilidad intrauterina* que se define como la aptitud del feto para desarrollarse fisiológicamente hasta alcanzar el nacimiento, alegando que los fetos o embriones inviables desde la óptica intrauterina carecen de tutela jurídica por el hecho que se descarta la posibilidad de evolucionar e incorporarse plenamente a la sociedad[14].

Sin embargo, entendemos que dicho criterio no es aceptado ni merece adhesión, dado que la protección del bien jurídico no se debe condicionar a la posibilidad que la persona nazca o se integre en sociedad, pues todo embarazo encierra el riesgo –por la causa que sea– de truncarse y de no poder integrar al concebido a la comunidad.

La tutela penal no se debe supeditar a la posibilidad de que el *feto nazca vivo o sea viable*, pues el objeto de protección en este delito dejaría de ser la vida humana para asumir una nueva forma: la vida humana que fisiológicamente puede alcanzar el nacimiento o la vida prenatal viable. En el aborto no se protege solo a los fetos que están en condiciones fisiológicas de alcanzar el parto, pues a ciencia cierta nunca podremos saber con exactitud dicha respuesta, sino que se debe tutelar jurídicamente a toda vida humana intrauterina, independientemente de su viabilidad.

---

[13] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62.

[14] Así, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/27, p. 294; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 125; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 770; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 113; ÍDEM, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 41.

De aceptarse esta tesis, la pregunta que deberían (obligatoriamente) de realizar los órganos de justicia no solo es si antes de las maniobras abortivas el feto estaba vivo, sino si podía nacer o estaba en condiciones de desarrollarse e integrarse a la sociedad. Esta posición exagera la importancia del nacimiento o de la posibilidad del feto de integrarse a la sociedad, ya que no se contempla al concebido como una unidad autónoma que posee un valor propio –y que, por tanto es vida humana–, sino que la protección penal se hace descansar en su viabilidad y posibilidad de ser «persona».

En cierta forma recuerda a la tesis que consideraba al concebido como *ficción jurídica* o como la posición del Código Civil que reconoce algunos derechos al concebido –v. gr. los patrimoniales– a condición que nazca vivo. La tutela penal muchas veces se vincularía, incorrectamente, a un juicio hipotético de imposible respuesta en la medida que cualquier enfermedad o malformación del feto puede alegarse como prueba de su inviabilidad.

Asimismo, puede que el concebido siendo viable no pueda nacer por causas distintas a su propia conformación biológica como, por ejemplo, una enfermedad terminal de la madre cuya muerte es segura antes del tercer mes de gestación. Si alguien mata al concebido, no se puede negar que si bien estaba en condiciones de nacer, él no es viable en un sentido objetivo, pues dicha posibilidad depende de la continuación de la vida de la madre.

La postura mencionada representa una grave absolutización de los criterios valorativos acerca de la calidad de vida sobre los criterios biológicos de la vida como bien jurídico, que no puede aceptarse. Resulta completamente paradójico que si se concibe a la vida como un bien jurídico en permanente desarrollo y evolución se sostenga, por un lado, la impunidad de las maniobras abortivas que recaen sobre fetos inviables de nacer; y, por el otro, se afirme que en la punibilidad del homicidio resulta irrelevante la viabilidad extrauterina o la capacidad de vivir fuera del claustro materno, cuando en ambos casos no hay posibilidad material de «integrarse a la sociedad».

Los seres (fetos) deformes o monstruosos también son objeto de protección en el delito de aborto[15]. Ello se deduce de la indicación eugenésica contenida en el artículo 120° incíso 2. Sin embargo, no son punibles los casos en los que teniendo en cuenta su fase de desarrollo, al feto le falte el corazón o la cabeza, pues aquí no existirá en realidad una vida humana.

II. EL LÍMITE MÁXIMO DE PROTECCIÓN A LA VIDA EN EL ABORTO

El límite máximo de protección a la vida en el aborto lo constituye el espacio anterior al límite mínimo de protección a la vida en el homicidio[16]. Dicha frontera está dada en el Derecho peruano por el suceso biológico del parto [artículo 110°). Si bien las posturas dogmáticas que interpretan esta expresión legal son diversas y comprenden tanto la aparición del niño al exterior, hecho marcado por el comienzo de la expulsión (tesis de la percepción visual)[17] y la completa separación de la madre del claustro materno (corte del cordón umbilical) pasando por la completa expulsión del niño, a nuestro criterio existe homicidio –y por, tanto, deja de haber aborto– desde el momento en que se inician los *dolores del parto y las contracciones intrauterinas*[18]; de tal manera que toda acción de matar anterior al principio del parto, e independientemente del tiempo del embarazo –claro está, después de la anidación–, constituirá aborto.

Por tanto, la acción de matar que recae sobre el niño que está naciendo, que no ha sido expulsado totalmente del claustro materno o cuando todavía no se da el corte del cordón umbilical, constituye un hecho irrefregable que se subsume en la tipicidad de cualquiera de las modalidades del delito de homicidio. No creemos que sea correcta la afirmación

---

[15] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 127. Para MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 178, solo los fetos deformes pueden ser sujetos pasivos del delito de aborto, más no así los *fetos monstruosos*.

[16] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76.

[17] Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78.

[18] Ampliamente, CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 34.

respecto a que el delito de aborto se puede cometer durante todo el tiempo de permanencia del concebido en el claustro materno[19].

La noción jurídico-penal de aborto se distingue claramente del concepto de aborto manejado por la ginecología que entiende por aborto la expulsión del producto de la concepción dentro de los seis primeros meses, periodo en el que el feto carece de viabilidad extrauterina; luego de dicho tiempo se habla de parto prematuro[20]. En el Derecho penal el aborto se puede cometer en cualquier etapa del periodo de gestación siempre que se respete su límite mínimo (la anidación) y su límite máximo (el parto)[21]. Asimismo, no abraza únicamente los casos de expulsión del feto fuera del vientre materno, sino abarca también los casos de destrucción del producto de la concepción que se produce en el seno materno[22].

Un calificado sector de la dogmática penal comparada[23] viene sustentando la necesidad de establecer un reforzamiento de la tutela penal –independientemente del modelo o sistema que se siga de interrupción del embarazo– teniendo en cuenta la viabilidad del feto para vivir autónomamente y que generalmente coincide con las veintidós (22) semanas de embarazo, aun cuando el feto se siga encontrando en el seno materno y dependa de ello. Dicho reforzamiento consistiría, por un lado, en limitar y prohibir la interrupción de un embarazo avanzado (luego de 22 semanas). La viabilidad marcaría el hito de la autorización para la interrupción del embarazo.

Por otro lado, más allá de ese momento, debido a la cercanía del nacimiento, se plantea la interrupción del embarazo solo bajo prescripción médica, bajo una indicación vital y estricta.

---

19 Sin embargo, así: MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 183.

20 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 74; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 116.

21 Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 144.

22 BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 176.

23 Por todos, ESER/KOCH, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», cit., p. 110.

CAPÍTULO XIV
EL SUJETO PASIVO Y LA PARTE CIVIL

I. EL SUJETO PASIVO

La problemática del sujeto pasivo en el delito de aborto se encuentra estrechamente vinculada, e incluso depende de la posición que el intérprete asuma respecto al bien jurídico protegido, dado que el sujeto pasivo no es otro que el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción criminal. Así, por ejemplo, quienes sustentan que el bien jurídico protegido es el interés demográfico del Estado o la esperanza de vida llegan a la conclusión de que el sujeto pasivo es la comunidad[1], la sociedad[2], o en su defecto, el Estado como representante de ella[3]. Incluso, no faltan quienes, a pesar de considerar a la vida humana del concebido como el bien jurídico protegido, estiman que el sujeto pasivo en el delito de aborto es el Estado o la comunidad nacional[4].

---

[1] Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 123, quien de modo secundario afirma que el aborto implica también un ataque a la integridad física de la mujer, sobre todo en los casos de aborto practicado sin su consentimiento.

[2] Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 34 y 37.

[3] RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. I, p. 69, quien señala que en los abortos consentidos «el titular del bien jurídico protegido parece que deberá ser la colectividad humana, la sociedad y/o el Estado». También, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 123.

[4] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 77.

Existen discrepancias entre quienes sustentan la consideración como bien jurídico protegido en el aborto a la vida humana. Para un sector, el sujeto pasivo es el concebido desde el momento en que el óvulo fecundando se anida en el útero de la madre hasta momentos antes de los dolores del parto y las contracciones intrauterinas[5]; mientras que otro planteamiento sostiene que el mantenimiento de la vida prenatal constituye un interés de la sociedad en su conjunto, concluyendo que el sujeto pasivo es la comunidad[6].

Si se mantiene una necesaria y elemental coherencia metodológica, respetando la relación entre el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo, no cabe duda que en el delito de aborto el sujeto pasivo lo constituye el concebido o la vida humana producto de la concepción[7]. No estamos, pues, ante un bien jurídico colectivo o social o que participe de una doble naturaleza: individual y social. Nos encontramos más bien ante un objeto de tutela exclusivamente individual, hecho que obliga a considerar como sujeto pasivo del delito de aborto al propio embrión o feto[8].

En todo caso, la posición que considera que se protege un bien jurídico colectivo o social no explica cómo si la vida es una unidad en *constante desarrollo*, por un suceso biológico elemental: el parto, puede variar radicalmente el objeto de tutela, siendo el bien jurídico protegido antes del parto un interés social y luego de él un bien personal. Una

---

5 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 288.

6 Así, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 170: «La vida humana en formación constituye un bien jurídico de toda la comunidad y no exclusivo de la mujer o del propio *nasciturus*», aunque posteriormente señale en la misma obra (p. 193) como sujeto pasivo del delito de autoaborto al producto de la concepción.

7 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 288.

8 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/23, p. 291; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 77; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 769; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 40; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 569; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46, aunque también reconoce como sujeto pasivo a la madre, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 255.

consideración social de la vida llevaría a que la comunidad pueda disponer de ella, lo que es propio de un Estado totalitario y no de un Estado de Derecho[9].

Si bien la comunidad tiene interés de regular y resguardar la vida del concebido, este interés no es mayor ni distinto al que ella despliega respecto a otros bienes jurídicos. No se explicaría cómo la comunidad cede a la protección de la vida del concebido en caso de conflicto con otros intereses (los maternos) cuando la misma comunidad puede brindar alternativas al aborto, v. gr. hacerse cargo del hijo no deseado a través de instituciones, o ayudando económica y socialmente a la mujer[10].

Los intereses de la comunidad no siempre coincidirán necesariamente con la protección del concebido, v. gr. una política demográfica del control de la natalidad; en este caso es posible que se llegue a imponer un aborto obligatorio. Por último, una tesis como la descrita confunde la titularidad del bien jurídico con los deberes de protección y con el ejercicio exclusivo del *ius puniendi* que constitucionalmente corresponden al Estado[11].

Estimar como sujeto pasivo al concebido no implica identificar erróneamente las categorías de sujeto pasivo y objeto material del delito[12].

La madre no puede ser considerada como sujeto pasivo –aun cuando el aborto se haya practicado sin su consentimiento– en la medida que no se tutela ningún bien jurídico de la que ella sea titular[13] y por-

---

9 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 46: «El hecho que el Estado [y consecuentemente la comunidad, el sistema social] tengan un especial deber de protección a la vida no puede llevar a la confusión de otorgarles un derecho de disposición sobre ella, sería la lógica del absurdo».

10 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 290.

11 Loc. cit.

12 En contra, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 123.

13 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 112; ÍDEM, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, cit.,

que, además, se la castiga cuando consiente el aborto o cuando ella misma lo produce[14].

El delito de aborto es una clara muestra –tal vez la más expresiva de todas las figuras delictivas– en el que el sujeto pasivo de un delito que afecta bienes jurídicos de carácter personal no siempre será una persona o un ser humano ya nacido[15], sino la vida humana en la fase previa al nacimiento.

El hecho que el concebido no sea de manera plena y absoluta un sujeto de derechos –dado que según nuestra legislación civil (artículo 1° CC) la imputación de los derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo– o que en el peor de los casos no pueda ser titular de derechos y obligaciones no debe conducir a negar su calidad de sujeto pasivo[16], en la medida que, por un lado, no es correcto equiparar la noción de bien jurídico con la de derechos subjetivos[17], y, por el otro, para tener la calidad de sujeto pasivo no es necesario ostentar la calidad de persona, o mejor dicho, no es indispensable haber nacido.

No es relevante ni válida la observación de que el concebido no puede disponer de su vida o de otros bienes[18] –nota común que se asigna normalmente al titular del bien jurídico– ya que la misma situación se presenta con los niños de escasa edad. El ordenamiento jurídico puede en algunos casos –como en el aborto– optar por la indisponibilidad del bien jurídico con el fin de garantizar una protección efectiva de sus titulares[19].

---

p. 77. Sin embargo, considera que aquí se protege también la vida y la integridad corporal de una mujer gestante(FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 77).

[14] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 289.

[15] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 570.

[16] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, N° 47, p. 17.

[17] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 289.

[18] Así, sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 122.

[19] LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144°-146°/23, p. 291.

La condición de sujeto pasivo se ostenta al margen de si el producto de la concepción provenga de una fecundación natural o de una inseminación artificial[20].

II. LA PARTE CIVIL

En el delito de aborto debe diferenciarse claramente la problemática del *sujeto pasivo*, que es el titular del bien jurídico, y la figura de la *parte civil*[21], que recae en quien ha padecido el daño, material o moral, patrimonial o extramatrimonial y tiene la titularidad para reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Si la idea de sujeto pasivo arrastra la noción de titularidad del bien jurídico, el agraviado será quien sufra un perjuicio o daño por la comisión de un ilícito.

La noción de sujeto pasivo se vincula a la determinación de la responsabilidad penal, mientras que la de perjudicado a la fijación de la responsabilidad civil. Así como no hay responsabilidad penal sin un sujeto pasivo, no hay responsabilidad civil sin un perjudicado; solo la calidad de perjudicado habilita a reclamar la reparación civil. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que sea el Estado el ente jurídico investido de poder legítimo para imponer penas y medidas de seguridad, no lo convierte en sujeto pasivo de todos los delitos ni el agraviado directo de todas las infracciones[22].

Si bien en la realidad, la calidad de sujeto pasivo y de parte civil puede recaer en una sola persona, es posible que exista una divergencia entre ambos ya que no siempre el sujeto pasivo del delito va a coincidir con la persona que sufre el daño. No obstante, el problema se agrava en el delito de aborto cuando se observa que tanto el sujeto pasivo del delito y el agraviado coinciden (el feto), pero inmediatamente se contempla la imposibilidad de aplicar las reglas de la suce-

---

20 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 179.

21 Ampliamente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, cit., pp. 108 y ss.

22 Ibídem, p. 108.

sión hereditaria y en especial el derecho a exigir la reparación civil a los herederos del agraviado (artículo 96° Código Penal) en la medida que no existe la posibilidad de atribuir derechos patrimoniales –y la reparación civil lo es– a quien no ha nacido, dado que lo que se ha efectuado aquí es una interrupción del embarazo.

Los padres no pueden ser considerados herederos del feto, pues no se cumple con la condición establecida en el artículo 1° del Código Civil –recuérdese que la reparación civil derivada del delito se rige con las normas del Código Civil (artículo 101° Código Penal)– respecto a que la asignación de derechos patrimoniales se produce siempre que la persona nazca viva[23]. Por aplicación de la normativa civil de la sucesión hereditaria, los padres estarían impedidos de constituirse en parte civil.

Pese a ello, creemos que la posibilidad de constituirse en parte civil no se diluye, y muy por el contrario sigue latente, en la medida que se logre demostrar que a raíz de la comisión del delito de aborto se termina por causar un daño. Ese daño, que puede ser material o moral, debe constituir un daño **ilícito**; de tal modo que si se produce un resultado lesivo (perjuicio) pero amparado o autorizado por el ordenamiento jurídico no es posible plantear alguna acción de resarcimiento.

En ese sentido, si la madre gestante ha prestado su consentimiento para la realización del aborto no puede constituirse en parte civil[24], pues el supuesto daño que se le ha irrogado –la pérdida de su hijo– ha sido con su aprobación; y se sabe que nadie puede fundarse en su propio dolo para reclamar algún derecho o promover un determinada acción civil. Por tanto, se tiene que en el aborto consentido la madre no puede constituirse en parte civil.

---

[23] Vide las interesantes consideraciones de HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 57, p. 23.

[24] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 140; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 290.

Sin embargo, sí puede hacerlo el padre de la criatura[25], siempre y cuando el aborto se haya practicado sin su consentimiento[26]. En este caso, la condición de parte civil no se puede condicionar al hecho que el padre del concebido desconozca la realización de la práctica abortiva, en la medida que el padre aun conociendo la ejecución del acto puede no consentirlo u oponerse a él. Si bien, ni el padre ni la madre son titulares del bien jurídico, toda vez que la titularidad reposa en el feto, no existe mayor inconveniente para que puedan constituirse ambos en actores civiles, siempre que no hayan aprobado ni consentido la ilegal interrupción del embarazo.

Ambos pueden concurrir como parte civil, sin necesidad de apelar a la sucesión hereditaria, ya que pueden alegar sin mayor inconveniente el haber sufrido un **daño moral**, por la pérdida de su criatura, o en el caso de la mujer por haber sufrido un daño a su salud (lesión) como consecuencia de la ejecución de las maniobras abortivas sin su consentimiento[27].

Desde nuestra perspectiva –sustentada ampliamente en otro lugar[28]– la calidad de perjudicado y la constitución en parte civil en caso de homicidio y aborto no proviene de una sucesión hereditaria, sino que la exigencia y titularidad de la reparación se funda en un daño autónomo, independiente y propio como el sufrido por los familiares o parientes de la víctima.

La razón que se esgrime es que la víctima de un delito contra la vida no puede adquirir la titularidad de la acción dirigida a plantear dicha responsabilidad y al no poderla adquirir no está en condiciones de transmitirla a sus herederos. La víctima, al fallecer de manera instantánea, no llega a poseer en ningún momento el derecho a ser indemnizado

---

25 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 290.

26 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 140; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118.

27 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 57, p. 23.

28 Vide CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, cit., p. 153.

por lo que mal se haría en pretender argumentar una transmisión hereditaria. No se puede transmitir lo que no se tiene ni adquiere[29].

Debe quedar claro que ni la sociedad ni el Estado pueden erigirse ni como sujetos pasivos, ni como parte civil del delito de aborto[30]. Sin embargo, nuestra jurisprudencia sigue, equivocadamente, un criterio distinto[31].

---

[29] CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, cit., p. 154.

[30] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 57, p. 23.

[31] Vide la ejecutoria suprema recaída sobre el Exp. Nº 4674-96, del 23 de octubre de 1996, que señala: «En el delito de aborto consentido la parte agraviada es la sociedad representada por el Estado y no la acusada quien prestó su consentimiento para someterse a prácticas abortivas». También el Exp. Nº 1410-97 del 6 de agosto de 1997 resuelto por la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima: «En el delito de aborto consentido la parte agraviada es la sociedad y no la mujer que en estado grávido consintió dicho acto ilícito». Al respecto, ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, *Código Penal. 10 años de jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 199.

CAPÍTULO XV
CONCEPTO PENAL DE ABORTO

De modo mayoritario, la doctrina penal viene entendiendo por aborto la destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada, luego de la anidación del óvulo fecundado en el útero y hasta antes que se inicien las contracciones intrauterinas y los dolores del parto[1].

No creemos que se deba entender el aborto como la interrupción voluntaria o provocada del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la muerte del concebido[2], pues esta postura no toma en cuenta los avances científicos que indican la posibilidad de abortos selectivos en el caso de embarazos múltiples, sin que ello implique la interrupción del proceso fisiológico de gestación[3].

---

[1] Como ha destacado, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 162: «Lo destruible no debe ser el feto, sino la *vida* del feto. No basta que haya un feto con vida, sino que es necesario que la conserve en el momento del hecho, aunque por sus condiciones o de la madre no sea viable».

[2] Sin embargo, así en la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 116; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO/COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 327. En la doctrina argentina, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 161, quien lo entiende como: «la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte de su fruto». En la doctrina brasileña: MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 182; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 76.

[3] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 285.

Asimismo, no se toma en cuenta que es posible interrumpir el proceso de gestación sin que ello requiera la comisión del delito de aborto, v. gr. se interrumpe el embarazo para implantar el embrión en otra gestante[4]; del mismo modo que puede abortar sin interrumpir o cancelar el proceso de gestación. Si bien generalmente el aborto implica interrupción del proceso de gestación, esta relación no es ni lógica ni biológicamente vinculante. Hay abortos que no interrumpen el embarazo como hay también interrupciones del embarazo que no suponen la comisión de abortos[5].

Empero, dicha definición permite excluir del concepto penal de aborto las interrupciones del embarazo que son producto de un proceso fisiológico normal (expulsión espontánea o no provocada), las fecundaciones in vitro (el óvulo fecundado no implantado a una mujer)[6] y las interrupciones del proceso de concepción antes que se produzca la anidación, v. gr. la acción de una mujer que luego de unas horas de mantener relaciones sexuales adopta una medida contra un posible embarazo; o el que actúa contra su voluntad y le obliga a ingerir un medio abortivo. En este caso si bien no se comete delito de aborto, queda subsistente la calificación a título de lesiones y/o coacciones[7].

La referencia al concebido evita el empleo de la terminología *médico-obstétrica* que alude al embrión o al feto y cuya diferencia estriba en el desarrollo temporal alcanzado: embrión antes de los tres meses y feto luego de los tres meses.

En la comisión del delito de aborto si bien es indispensable que la mujer se encuentre en estado de gestación, independientemente de si su embarazo es avanzado o se encuentra en sus inicios, es indiferente si conoce o no que está embarazada. Hay delito de aborto si la mujer recién se entera de su estado de gestación luego que se ha

---

[4] Por todos, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/32, p. 296.

[5] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 285.

[6] Ibídem, p. 151.

[7] Loc. cit.

consumado la interrupción del embarazo. Solo es necesario que el embarazo exista y que dicha situación sea conocida por el tercero que practica el aborto.

Debe destacarse la diferencia que existe a la hora de manejar el concepto de aborto desde el punto de vista *jurídico-penal* respecto a la noción que emplea la ginecología o la medicina[8]. En efecto, desde la óptica de la ginecología se entiende por aborto la expulsión del producto de la concepción antes de los seis primeros meses de embarazo, periodo en el cual el feto carece de viabilidad extrauterina; mientras que para el Derecho penal no interesa si ha existido o no la expulsión del concebido, dado que existe aborto aunque el feto nunca sea expulsado del vientre materno, siendo disuelto, absorbido por el organismo de la mujer o momificado[9], y no importa si la interrupción ha sido practicada después de los seis meses.

La noción central sobre la que gira la idea del aborto, desde la perspectiva jurídico-penal, es la muerte o la destrucción del producto de la concepción, más allá de si ha existido o no expulsión del feto o embrión e independientemente del tiempo o del lapso del embarazo que se abarque[10]. La muerte del concebido configura el delito al margen de si hay o no expulsión o si esta se produce fuera o dentro del vientre de la madre. Solo así se logra comprender de manera satisfactoria la consideración del aborto como **delito contra la vida**.

Incluso, un sector cualificado de la doctrina penal señala, que el delito de aborto no solo se consuma con la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno o por expulsión prematuramente provocada, sino, en general, en pos de la causación de la muerte antes, durante, o después del parto, siempre que ella sea objetivamente

---

8 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/32, p. 295; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 116; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 161; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 285.

9 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 76.

10 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 251.

imputable a una conducta lesiva que recaiga sobre el objeto de la acción (concebido) durante la gestación[11].

Alguna doctrina jurídica antigua, que exageraba el valor de la noción ginecológica del aborto, postulaba, en un craso error, que la no expulsión definitiva del concebido del seno materno solo podía dar lugar únicamente a una tentativa de aborto[12].

Si se llegara a admitir la noción del aborto como referido a la expulsión del producto de la concepción –independientemente de si hay muerte o no– se debería también admitir como aborto punible toda aceleración o provocación del nacimiento antes del término natural del proceso de gestación (nueve meses), estimándose, además, como aborto consumado el solo hecho de la expulsión, al margen de si hay o no la muerte del feto o embrión, quedando en mera «tentativa» la producción de la muerte si es que no se da la expulsión del concebido muerto, dado que el delito no se consumaría hasta que esta se produzca.

El aborto espontáneo no puede ingresar dentro del concepto penal de aborto, quedando al margen de la tipicidad del delito[13]. Ha de advertirse que a veces no es posible elaborar una diferencia definitiva y contundente entre el aborto espontáneo y el aborto provocado (punible). Ello depende muchas veces de las circunstancias, v. gr., intoxicaciones, traumatismos, etc., pero sobre todo de la intención del autor[14]. Asimismo, quedan fuera los casos de *parto anticipado o acelerado* en los que se termina causando la muerte del concebido, ya sea dentro del claustro materno o a través de su expulsión, dado que si bien desde el punto de vista material y objetivo existe la muerte del feto por acción de un tercero, falta aquí algo esencial: el dolo de matar[15].

---

[11] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 186.

[12] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 130, p. 54.

[13] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 76.

[14] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 166.

[15] En sentido semejante al texto, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 117; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 166, al

En realidad, lo que el agente busca no es matar al concebido, sino todo lo contrario: hacer que nazca vivo a través de un parto acelerado. Creemos que el peligro objetivo de muerte de una de estas intervenciones no debe enervar lo sostenido, en la medida que el sentido último de la voluntad del sujeto no se dirige tanto a matar –resultado que finalmente se causa– sino a salvar o a proteger una vida, decidiéndose el supuesto autor a favor del respeto del bien jurídico y manteniendo una clara fidelidad con las normas jurídicas. Si en la ejecución del parto anticipado se infringe una norma objetiva de cuidado y se causa la muerte del concebido, creemos que aquí tampoco se incurre en responsabilidad penal alguna, pues el aborto imprudente no se encuentra sancionado en la legislación peruana.

El manejar un concepto jurídico-penal del aborto –en el sentido de *mero acto de matar al concebido*, sin referencia adicional alguna– no está exento de dificultades ni problemas, ya que queda pendiente de resolver el caso en el que la expulsión del feto es natural, o mejor dicho no provocada, y luego de ese suceso se le priva de vida.

Si se es consecuente con la postura que establece que en el aborto es indiferente si hay o no expulsión del producto de la concepción, dado que lo único importante es producir la muerte del feto y si se tiene en cuenta que en el caso planteado no hay expulsión provocada, sino que esta circunstancia se aprovecha para causar la muerte, no cabe duda que la única respuesta y solución posible es inclinarse por la tesis que contempla la comisión de un delito de aborto.

Empero, esta posición encierra el peligro de considerar como aborto todo caso en el que habiendo una expulsión espontánea de un feto vivo se produce su muerte, ya sea por acción o por omisión. Por ello, lo mejor es adherirse a la definición de aborto en el sentido de destrucción de la vida ya sea en el claustro materno o por expulsión provocada.

---

considerar que el *parto acelerado* es un proceso de *nacimiento* y no un proceso abortivo. Luego señala que la ley no castiga el proceso de nacimiento en condiciones peligrosas para la salud del niño, sino cuando se produce la muerte del feto de manera intencional, mediante un proceso de aborto. En contra, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 94, admitiendo la posibilidad de dolo eventual en caso el concebido muera.

Un sector de la ciencia penal viene insistiendo, creemos con razón, en la necesidad de no confundir el concepto penal de aborto con la corriente equiparación del aborto como «*muerte del feto*». Se sostiene que dicha terminología además de ambigua, peca de lata ya que, por un lado, no puede considerarse como aborto el caso del médico que destruye el embrión espontáneamente expulsado, arrojándolo, por ejemplo, a un horno crematorio; y por el otro, el entender como aborto únicamente la muerte del feto, deja fuera –erróneamente– de la noción legal a la muerte del embrión[16].

La forma o el modo acerca de **cómo** se produce el aborto es indiferente a la hora de delimitar la punibilidad de la conducta. No es necesario que la interrupción del embarazo se haya producido empleando violencia o fuerza física sobre el cuerpo de la madre o sobre el producto de la concepción. Tampoco es indispensable que se haya llegado a producir el aborto interponiendo maniobras fraudulentas o de otra índole, haciéndole creer a la madre que las maniobras que se realizan sobre su cuerpo u organismo tienen otra finalidad, pues de ser cierto ello carecería de sentido la figura del aborto consentido (artículo 115°) o el autoaborto (artículo 114°).

El empleo del engaño o cualquier otra maniobra fraudulenta dirigida a obtener la aprobación de la madre vicia su consentimiento y excluye, por ejemplo, la posibilidad de plantear el autoaborto. La ley penal, a excepción del aborto preterintencional (artículo 118°) en el que se alude a la *violencia*, no regula ni precisa los medios, modos o procedimientos que pueden utilizarse para cometer el delito. La delimitación de los comportamientos típicos solo tendrá relevancia a la hora de subsumir la conducta concreta en las respectivas modalidades de aborto.

Es irrelevante el medio o el procedimiento que se utiliza para lograr la interrupción del embarazo[17]que puede ser de naturaleza mecá-

---

[16] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 121.

[17] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144°-146°/34, p. 297; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.),

nica o química[18] (fósforo, mercurio, arsénico, etc.)[19]; su origen puede ser vegetal, animal o mineral[20]; puede tratarse de productos naturales o artificiales o de una sustancia líquida, sólida o gaseosa y es indiferente la vía por la que se administre (oral, cutánea, vaginal, etc.).

El aborto no necesariamente implica realizar maniobras directas o de carácter lesivo sobre o en el cuerpo de la mujer. Asimismo, es irrelevante la complejidad del procedimiento empleado (microcesárea) o el tiempo que dure la intervención. Desde el punto vista práctico, y dada la estadística criminal, ofrecen mayor interés los casos de aborto practicados a través de *medios mecánicos*. Estos consisten normalmente en operaciones quirúrgicas, perforación de membranas fetales, dilatación irregular del útero, inyección de líquidos irritantes, choques eléctricos, etc.

En todo los casos deben comprobarse necesariamente la existencia de una relación de causalidad entre las maniobras abortivas o los medios empleados y la muerte del feto[21], estableciéndose también una relación de riesgo entre el resultado producido y la conducta ejecutada. Queda claro que la comprobación fehaciente de la tipicidad objetiva del hecho delictivo no solo debe reposar en la acreditación de una conexión entre el comportamiento realizado y la *expulsión del feto*, sino también en determinar la relación entre la conducta y la producción de la muerte del concebido, pues como se señaló (*ut supra*) es irrelevante el momento en que se produce la muerte: dentro o fuera del claustro materno.

En este sentido, es clara la disposición consagrada en el artículo 244° del Código de Procedimientos Penales donde se prescribe que se deben comprobar «los signos demostrativos de la interrupción (del embarazo)» y «las causas que lo determinaron».

Curso de Derecho penal español. Parte especial, cit., T. I, p. 115; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial,* cit., p. 89; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial,* cit., Vol. 2, Nº 146, p. 60; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial,* cit., T. I, pp. 188 y ss.

18 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial,* cit., T. I, Vol. II, p. 183.

19 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial,* cit., Vol. 2, p. 78.

20 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial,* cit., T. I, p. 257.

21 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial,* cit., Vol. 2, Nº 146, p. 60.

Uno de los problemas dogmáticos más difíciles de resolver es el que formula la interrogante de cuál debe ser la calificación jurídica –si homicidio o aborto– para el caso en el que la muerte del feto se produce luego de su expulsión del claustro materno. Debe distinguirse aquí dos hipótesis: a) que el feto muera como consecuencia de las maniobras abortivas practicadas sobre la madre o con anterioridad; y b) que muera luego de su expulsión provocada por acción de un tercero, independientemente de si el feto se encontraba herido, había sufrido algún daño o si solo había sido expulsado.

En el primer caso no hay mayor problema porque la muerte es consecuencia de las maniobras abortivas y no interviene ningún comportamiento humano adicional, ni de la mujer ni de un tercero.

La dificultad reside en el segundo caso, ya que aquí el feto se mantiene con vida y si muere es por acción de la madre o de un tercero. La pregunta respecto a si nos encontramos ante un homicidio o un aborto no es de fácil respuesta. En primer lugar, debemos enfrentarnos a la consideración común y ordinaria de que una vida humana que está fuera del claustro materno, independientemente de si ha sido expulsada o no, o si ha nacido, debe recibir, en todos los casos y sin distinción alguna, una mayor protección jurídico-penal que una vida humana que se encuentra en el vientre de la madre.

De ello fluye que todo atentado que se cometa contra una vida humana que tiene un contacto con el mundo social o el exterior deberá calificarse como un homicidio y no como un aborto[22]. Si bien el planteamiento no puede ser del todo válido; fundamentalmente en el caso que se trate del feto o de un embrión de uno o de cuatro meses –dado que el concebido difícilmente podrá sobrevivir de manera autónoma– el mismo cobra enorme valor cuando, por ejemplo, el producto de la concepción supera los seis meses, tiempo luego del cual el feto es viable o en caso de «*nacer*» –o ser expulsado–

---

[22] Así, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 92; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 183.

está en condiciones de desarrollar una vida independiente o autónoma[23].

Es más, si se quiere dar mayor seriedad al criterio glosado bastaría señalar que se comete homicidio –y no aborto– si las acciones de matar se dirigen contra el feto que tiene viabilidad. La conclusión y premisa que se podría obtener al respecto es: todo acto de matar que se ejecuta contra un feto viable cuya expulsión ha sido provocada, constituye un delito de homicidio.

Sin embargo, creemos que dicho parecer es equivocado. En primer lugar, porque la ley penal peruana –como la mayor parte de legislaciones del Derecho comparado– marca la diferencia entre el homicidio y el aborto en el hecho del parto o nacimiento, con los matices, claro está, de si basta en algunos casos que existan contracciones intrauterinas o dolores del parto o si se requiere de la expulsión definitiva o el corte del cordón umbilical; y no tanto en el hecho de si hay expulsión del producto de la concepción o de si el feto es viable.

La consideración político-criminal respecto a que el feto viable (más de los seis meses) merece ya una protección mayor que el caso del feto que *todavía* no es viable, en el sentido de poder vivir autónomamente, si bien –y ello no se puede negar– responde a una elemental exigencia social y a criterios médico-obstétricos, pasa por alto la vigencia irrestricta del principio de legalidad que en nuestra legislación se revela marcando la distinción entre el homicidio y el aborto en el hecho fisiológico del parto; y no en otra estimación valorativa.

Si la ley penal, de manera clara e inobjetable, establece el inicio de protección a la vida en el homicidio a partir de la regulación contenida en el artículo 111° del Código Penal que hace referencia a la expresión «*durante el parto*» como el evento y hecho biológico que separa al homicidio y al aborto, no se puede sustituir o complementar dicha valoración normativa por otra, por más atendible que esta sea, pues de otro

---

23 Vide ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 72.

modo se pone en riesgo la garantía de objetividad y la seguridad jurídica que como misión cumple el principio de legalidad en un Estado de Derecho[24].

El giro «*durante el parto*» impide que se adelanten las barreras de protección del bien jurídico hasta antes que el parto se haya producido, como también impide que se retarden las exigencias de tutela del bien jurídico hasta después del parto. Cabe destacar que durante o después del parto solo puede haber un homicidio, y nunca un aborto. Mientras la ley siga señalando como hecho diferencial del homicidio y el aborto al **parto** o mientras no otorgue valor, ya sea independiente o compartido, a la *viabilidad* del feto, junto al parto o prescindiendo de él, el intérprete –cuya tarea encuentra sentido y legitimidad en la medida que se vincule y sujete a la ley– no podrá sobrepasar dicho límite sin haber aplicado una analogía *in malam partem* o haber incurrido en una lamentable creación y libre investigación del Derecho.

En segundo lugar, si la viabilidad del feto, es decir, la posibilidad de vida autónoma, fuera el criterio decisivo que marca la diferencia entre el homicidio y el aborto se llegaría a afirmar de manera temeraria, y a nuestro criterio, incurriendo en un error supino, que toda acción de matar que se ejecuta luego de la expulsión provocada de un feto *viable* determinará la existencia de un homicidio en cualquiera de sus formas, v. gr. homicidio simple, parricidio o asesinato. Dicho planteamiento llevaría al absurdo de limitar y restringir la comisión del delito de aborto a los casos en los que la muerte del feto solo se produce en el claustro materno; de tal manera que toda muerte que se realice luego de su expulsión (salvo la provocada) generará la calificación de un delito de homicidio.

El concepto penal de aborto sufriría, así, una doble alteración y restricción: por un lado, se sostendría que solo puede haber delito de aborto en la medida en que nos encontremos ante un feto que no tenga la posibilidad de realizar vida autónoma; y, por el otro, se plantearía

[24] Ampliamente, sobre el principio de legalidad: CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 34 y ss.

una restricción del aborto a los casos en los que la muerte se produce dentro del claustro materno.

Finalmente, sostener la posibilidad de vida independiente como criterio diferencial del homicidio y el aborto, implica renunciar a la elaboración jurídico-penal del concepto de aborto para asumir en su lugar, y sin explicación y referente normativo alguno, un concepto médico-obstétrico, reduciéndose en la práctica la eventualidad de calificar un comportamiento como delito de aborto hasta antes de los seis meses, fecha en la que se abre la posibilidad de que el concebido pueda vivir autónomamente en el mundo exterior.

En conclusión, se ha de señalar que un proceso abortivo no puede generar la calificación de cualquier modalidad de homicidio[25] cuando la muerte se ha producido por acciones que atentan contra un feto que ha sido expulsado y que está en condiciones de vivir autónomamente. Aquí seguirá existiendo, a nuestro criterio, un delito de aborto.

---

[25] NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 164, yerra cuando señala que «un proceso configurativo de un aborto, no puede generar un infanticidio porque falta el proceso de nacimiento regular. Pero sí se puede producir un parricidio o un homicidio si, por excepción, el feto no muere durante su expulsión o a raíz de esta, sino por una causa independiente». Creemos, que el error de esta afirmación reside no tanto en negar la comisión del infanticidio, sino en aceptar la posibilidad que pueda cometerse aquí un parricidio o un homicidio. Se olvida que la referencia legal al parto (Perú) o al nacimiento (Argentina), no solo tiene un valor que se circunscribe al delito de infanticidio, sino que su importancia se extiende a toda la regulación del capítulo (homicidio) en base a una interpretación sistemática del precepto y todas las demás figuras del homicidio. En efecto, la referencia legal a durante el parto o nacimiento no solo aporta un criterio interpretativo válido para el infanticidio, sino que su valor se extiende a todo las figuras del homicidio, marcando el inicio a la protección a la vida de todas las modalidades de este delito.

CAPÍTULO XVI
AUTOABORTO

Artículo 114°.-

«La mujer que causa su aborto, o consiente que otro la practique será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas».

I. BIEN JURÍDICO

Como en todo delito de aborto, el bien jur ico protegido de manera exclusiva es la **vida humana**, comprendi a entre el periodo de *anidación* del óvulo fecundado en el útero m erno hasta antes del *parto*. No se tutela ningún bien personal o d echo de la madre sobre su cuerpo o sobre el producto de la concep ón, ni algún interés demográfico que pueda tener la sociedad o e Estado en la conservación de la vida humana. El concebido no debe ser considerado como un proyecto o esperanza de vida, sino como una vida humana en pleno desarrollo. No debe estimarse como algo latente, sino como una realidad jurídica. Sin embargo, ello no significa que se le deba otorgar al concebido el státus de persona, pues supondría pasar por alto la valoración jurídica y social básica que hace descansar la diferencia en el hecho natural del parto (natural o cesárea) e implicaría a la postre sostener que el aborto debe ser castigado como si fuera una modalidad más del homicidio.

El fundamento que explica la menor penalidad del autoaborto, respecto a las demás modalidades de aborto, no reside tanto en la comisión de un hecho que posee un menor grado de injusto (derivado del conflicto de intereses que protagoniza tanto la madre y el feto), ni se basa en la especial relación que vincula a la madre con el concebido al ser ella la portadora material del bien jurídico que se pretende tutelar. No es que la vida del producto de la concepción pierda valor cuando es la madre quien produce su muerte.

Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico reduce las exigencias del respeto a la vida pues la mujer atraviesa por una situación tensional y conflictiva que no permite que su proceso de motivación y de fidelidad a las normas sea el mismo que en una circunstancia normal. Se habla aquí, y con razón, de una circunstancia personal de atenuación que se funda en una menor exigibilidad del comportamiento que en la sistemática estratificada de la teoría del delito encuentra su ubicación en la *culpabilidad*[1].

II. TIPO OBJETIVO

1. Sujetos

El **autor** del delito solo puede ser la madre embarazada que se practica el aborto o la que consiente que otro lo haga[2]. No se castiga aquí a otro sujeto que no sea la propia mujer gestante. La redacción del artículo 114° del Código Penal hace que se pueda considerar como un *delito especial*[3], de tal manera que la punición de terceros que realizan el aborto con el consentimiento de la madre deberá ser reconducido a otro tipo penal (artículo 115°) o aquellos que colaboran con la ejecución del aborto que efectúa la gestante deberán ser tratados como simples partícipes.

---

[1] Por todos, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/19, p. 287.

[2] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 193; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 84; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 177.

[3] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 177.

La razón de la existencia del delito reside en la clara reprochabilidad del injusto cuando el aborto se realiza por la propia madre a pesar de tener un especial vínculo de parentesco y de cuidado (*posición de garantía*) respecto al producto de la concepción. Asimismo, y por otro lado, el fundamento de la figura estriba en el consentimiento que presta la madre a un tercero para la práctica del aborto, facilitando con su aprobación la comisión del delito; el cual, tal vez, nunca se hubiera llevado a cabo.

En el caso del aborto consentido se requiere, por lo menos, de la presencia de dos personas, por lo que reviste el carácter de delito bilateral o recíproco[4].

El **sujeto pasivo** del delito es el concebido[5] que ve menoscabado el bien jurídico vida por la acción de matar desplegada por la madre o por el consentimiento que ella presta para que dicho resultado sea alcanzado por un tercero.

2. Comportamiento típico

a. Preexistencia de un estado de gestación

Es indispensable para la configuración del delito de aborto la acreditación plena y fehaciente que la mujer, a la que se le imputa el delito, se haya encontrado en un estado de gravidez[6]. No existe aborto, ni siquiera *tentativa punible*, si la mujer no ha estado embarazada, desde el punto de vista *médico-obstétrico*. Por tanto, debe excluirse de la tipicidad objetiva del delito cuando existe la creencia errónea de la madre respecto a un supuesto –pero inexistente– estado de gestación[7].

---

4 Loc. cit.

5 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 85.

6 Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 78; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 175: «La gravidez constituye un presupuesto del crimen del aborto, y su ausencia determina un delito putativo».

7 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 175.

En la demostración del embarazo no puede aceptarse como prueba suficiente la referencia de testigos o los síntomas en los que la mujer posiblemente ha incurrido, dado que dichos síntomas pueden obedecer a disturbios de la conciencia o a ciertos condicionamientos psicológicos[8]. En la inmensa mayoría de casos será necesario una certificación médico-legal o un peritaje que así lo establezca.

Que se exija la necesaria comprobación del embarazo no debe llevar a confundir este planteamiento con el requerimiento –no indispensable– de que el cadáver del feto sea hallado o sea descubierto, condicionando de esta manera la expedición de una sentencia condenatoria al cumplimiento de este presupuesto. Una cosa es exigir la acreditación del estado de gravidez y la comprobación de su ilegal interrupción y otra cosa muy distinta –y que la ley no reclama– es plantear el imperativo que el cadáver del feto aparezca.

Es indiferente la forma, medio o procedimiento por el cual la mujer ha resultado embarazada[9]. Puede tener su origen en una relación sexual normal –independientemente de si las tiene con su pareja habitual, esposo o un extraño– o a una inseminación artificial (fecundación in vitro). El hecho que la ley no castigue –por ser anterior a la anidación– la fecundación in vitro, no significa que ella posteriormente no puede generar un estado de gestación capaz de ser protegido por el Derecho penal.

La ley penal tutela la vida humana en cualquiera de sus formas y etapas de desarrollo, siendo irrelevante el mecanismo biológico o instrumental que se haya empleado para lograr el embarazo. Debe rechazarse la idea que excluye del ámbito del Derecho penal –y en especial del delito de aborto– el estado de gestación alcanzado por vías no naturales, distinta a la procreación mediante relaciones sexuales.

b. Que la mujer cause su aborto o consienta que otro lo practique

El Código Penal castiga dos conductas típicas de la mujer embarazada en la modalidad del aborto contenida en el artículo 114° del

---

[8] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 256.

[9] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62.

Código Penal. Por un lado, se sanciona a la mujer que causa la interrupción del embarazo por su propia mano; y por otro lado, se castiga a quien sin practicarse el aborto consiente o da su aprobación para que otro lo realice.

El hecho que la mujer embarazada **cause su aborto** supone que ella misma provoque la muerte del feto, ya sea dentro del claustro materno o fuera de él. Esta modalidad típica se puede cometer tanto por una conducta positiva como por una *omisión impropia*[10]. La compresión de la exigencia legal que la mujer cause su aborto ha de entenderse en términos estrictamente *jurídico-penales* –en el sentido de producción de la muerte– y no tanto sobre la base de la concepción ginecológica-obstétrica del aborto, que como se vio (*ut supra*) hace descansar su centro de gravedad en la expulsión prematura del producto de la concepción, independientemente de si se produce o no la muerte.

Por tanto, si la madre con el fin de matar solo provoca la expulsión intencional del concebido pero este sobrevive, la calificación de su conducta será a título de tentativa de aborto; o si ella logra la expulsión del feto mediante maniobras abortivas y es un tercero quien ejecuta la acción de matar, la madre responderá a título de coautor[11] o, en el peor de los casos, en grado de cómplice primario. El tercero que realiza la acción de matar responderá por aborto consentido (artículo 115°), salvo que se limite a cooperar o a instigar a que la mujer se practique el aborto. En este último caso la calificación será a título de participación en autoaborto (artículo 114°)[12].

Para la ley penal es irrelevante constatar si ha existido o no expulsión del producto de la concepción o si la muerte aconteció dentro o fuera del seno materno. Asimismo, en el caso de expulsión es indife-

---

10 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 115; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, pp. 177 y 185; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 85; FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 78.

11 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 84.

12 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 153, p. 62.

rente si esta se ha producido por acción de un tercero o de la madre. Aquí solo interesa acreditar, para el caso de autoría única, que la madre ha provocado la muerte del feto; mientras que en el supuesto de coautoría, la mujer debe haber realizado las maniobras tendientes a la expulsión del feto (vivo) –debe haber provocado su muerte–, mientras que un tercero, en un reparto de funciones, debe haber ejecutado o bien la muerte del feto o haber inducido su expulsión, respectivamente. Sin embargo, ha de anotarse que en estos casos el título de la imputación se rompe necesariamente, calificándose la conducta de la madre en la figura del autoaborto (artículo 114°) y la del tercero en el delito de aborto consentido (artículo 115°).

La mujer puede provocar su aborto –con o sin expulsión del feto– empleando los más variados medios, v. gr. sus propias manos, un material quirúrgico especial, algún brebaje o pócima, alguna infusión química o metabólica. Ella misma puede ingerir las sustancias abortivas o introducirse determinados instrumentos en el útero[13],sin necesidad de que posea algún tipo de conocimiento técnico. Basta que sea consciente que con su comportamiento está causando un peligro para la vida del concebido y con la creación de dicho riesgo puede desencadenar su destrucción. El o los terceros que sin dar alguna aportación material aconsejen a la mujer sobre el procedimiento o la clase de sustancia que deba ingerir para lograr ejecutar la interrupción del embarazo, responderán por complicidad psíquica[14].

La conducta negligente de la mujer respecto a su vida o su salud, el poco cuidado en la conservación de su embarazo o las maniobras suicidas que sin intención determinen la interrupción del embarazo no son punibles ni realizan la tipicidad objetiva del autoborto[15].

La otra modalidad típica recogida en el artículo 114° del Código Penal consiste en castigar a la **mujer que *consiente* que otro le prac-**

---

13 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 194.

14 Vide CASTILLO ALVA, José Luis, «La complicidad como forma de participación criminal», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 9, Lima, 2000, pp. 683 y ss.

15 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 181.

tique el aborto. Mientras en una variante típica se sanciona a la mujer que se provoca la interrupción del embarazo, en la otra se sanciona a quien presta su consentimiento. Un sector de la doctrina establece que en el primer supuesto nos enfrentamos al llamado *aborto activo cometido por la madre* y en el segundo caso al *aborto pasivo cometido por la propia madre*[16].

El consentimiento de la mujer no exime de responsabilidad penal al tercero que comete el aborto, ello se debe a que no es la titular del bien jurídico **vida prenatal**. La concurrencia del consentimiento no tiene repercusión a nivel de la graduación de la responsabilidad criminal[17],ni es para que el tercero solo lo apoye o auxilie.

En la realización del aborto, sino para que ejerza el dominio del hecho y obre como autor del delito[18]. Si solo la mujer requiere de ayuda o auxilio, la conducta de los terceros sería subsumible dentro de la participación criminal de la primera modalidad del autoaborto. La aprobación que la madre efectúa a la ejecución del aborto ha de ser consciente y libre, y no debe fundarse en un vicio del consentimiento como el error o el engaño[19].

No es necesario que el consentimiento se formalice o cumpla algún protocolo. Da lo mismo que sea oral o escrito, o sea expreso o implícito. Asimismo, no se requiere que la mujer haya cumplido la mayoría de edad (dieciocho años), tenga capacidad civil o se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos. Basta que posea una capacidad natural de juicio y discernimiento, en el sentido de comprender el significado y finalidad de su acto. La validez jurídica del consentimiento no está supeditada a que la mujer se encuentre en un estado pleno de lucidez mental y en un desarrollo amplio y profundo de su

---

16 Así, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 193; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 151 y 152, p. 62. Críticamente, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 260, nota 345.

17 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 116.

18 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 63.

19 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 164, p. 66.

conciencia, tanto moral como intelectual. Solo se requiere una capacidad elemental y necesaria de comprensión y entendimiento.

En ese sentido, creemos que también las personas afectadas por algún tipo de debilidad mental –siempre y cuando esta no sea grave– pueden consentir la realización del aborto. Si se acepta, como hace la doctrina mayoritaria, que no es necesario para la relevancia penal el hecho que el consentimiento sea expreso, no existe mayor inconveniente para que este pueda darse también a través de *actos concluyentes* o de manera implícita, bastando que la mujer se abstenga de oponerse a las prácticas abortivas[20].

El consentimiento no exige de manera indispensable que la iniciativa para la práctica del aborto sea efectuada por la mujer, dado que puede ser resultado de un largo proceso de convencimiento en el que interviene el padre del concebido, su familia, terceros, etc. De allí que sea exagerado e incorrecto sostener que la mujer debe haber tenido la iniciativa o debe haber incitado a la práctica del aborto[21]. Empero, si tuviera la iniciativa, su conducta se circunscribirá a la tipicidad del artículo 114°, pues aquí se recoge –equiparándose– supuestos de autoría y participación, los cuales quedan también subsumidos en la mencionada disposición[22].

El consentimiento debe ser entendido como la autorización o aprobación que una persona (mujer) brinda para la realización de un acto (aborto). La forma cómo se accede o llega a ese consentimiento no interesa, siempre que no haya mediado violencia, grave amenaza, engaño o error. Si un tercero determina y crea en la mujer la resolución de practicarse ella misma un aborto o consentir que otro lo ejecute, dará lugar a la configuración de una forma de participación criminal: la instigación que se proyecta sobre la tipicidad del artículo 114°.

---

20 Ibídem, p. 62.

21 Sin embargo, así ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, pp. 257 y ss.

22 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 153, p. 62.

No es necesario que el consentimiento se ratifique a cada instante o durante todo el tiempo que duren las maniobras abortivas o que se mantenga, incluso, luego de su ejecución. El consentimiento que aquí se exige no se refiere tanto a la autorización de realizar maniobras abortivas, sino a la aprobación de la muerte del feto. Si bien nadie puede negar que la inmensa y abrumadora mayoría de casos implican tanto el aprobar la ejecución de las maniobras abortivas como la muerte del concebido, puede suceder, por ejemplo, que a la mujer se le informe luego que recobra la conciencia que se le ha aplicado un medio abortivo que va a determinar luego la muerte del feto; y recién allí preste su aprobación. Como es de verse, falta una autorización para la práctica de las maniobras abortivas, la cual recién sobreviene cuando estas ya culminaron y la muerte del feto es inminente.

En la relevancia penal del consentimiento basta que la mujer apruebe la muerte del feto y no tanto las maniobras abortivas para que pueda darse un aborto consentido. Lo que no es admisible es tratar de equiparar el perdón con el consentimiento.

El solo hecho que la mujer preste su consentimiento para la realización futura de un aborto no puede fundar todavía la responsabilidad criminal. Es necesario que el aborto tenga un principio de ejecución (tentativa) o se consuma[23]. De otro lado se podría afirmar –en un grave error– que en el autoaborto se castiga un acto preparatorio: el prestar consentimiento.

La ley en el marco del artículo 114° del Código Penal **equipara**, desde el punto de vista del tratamiento legislativo, la conducta de la mujer de causar su aborto (matar al producto de la concepción) y el consentir para que otro lo practique. Ambos casos integran la tipicidad objetiva de la disposición en comentario. Sin embargo, y pese al mismo tratamiento que plantea el legislador en cuanto a la disvaliosidad de la acción y a la penalidad que se le asigna, debe destacarse el hecho que desde el punto de vista social y jurídico –y en particular desde la óptica

---

23 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 120.

de la necesidad y el merecimiento de la pena– ambos comportamientos no poseen la misma entidad y gravedad del injusto, pues una cosa es provocar la muerte de manera directa y otra muy distinta es consentir que otro mate. Sin duda, ambos comportamientos deben ser castigados, pero una cosa es sostener esta afirmación y otra muy distinta es establecer una suerte de identidad valorativa como si ambas acciones fueran portadoras del mismo disvalor.

Un planteamiento como el descrito implicaría equiparar normativamente las conductas de autoría con las de participación criminal. Es por ello que creemos correcto plantear la necesidad de tener en cuenta dicha diferencia a la hora de fijar la proporcionalidad de la pena; de tal manera que si bien legislativamente ambos supuestos se equiparan, en cuanto a la penalidad abstracta, desde el punto de vista de justicia material y en el caso concreto, es necesario diferenciarlos nítidamente estableciendo una mayor sanción para la hipótesis en que la mujer se causa el aborto respecto a cuando esta solo consiente para que otro interrumpa su embarazo.

La equiparación legislativa que realiza el artículo 114° del Código Penal en cuanto al tratamiento jurídico y a la penalidad de la conducta, creemos que puede compararse con la asimilación de una forma concreta de participación, como la complicidad, (manifiesta en el acto de consentir) con una forma de autoría que se revela en el hecho de causar la muerte al feto y cuyo control y decisión final lo tiene la propia madre.

III. TIPO SUBJETIVO

La modalidad comisiva, propia del autoaborto, es la ***dolosa***[24]. Queda descartada del tipo del injusto, por imperio del principio de legalidad (artículo 11°), la forma comisiva imprudente, a pesar de que la interrupción del embarazo se haya producido por culpa consciente,

---

[24] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 194; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 164, p. 65; BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86.

una imprudencia grave o por la infracción de una elemental norma de cuidado por parte de la mujer[25]. Si la mujer pretende suicidarse y no logra su objetivo, pero pierde su embarazo no habrá autoaborto, dado que falta aquí un elemento esencial: el dolo de matar al concebido.

En la medida en que la formulación del tipo no alude a un especial elemento del injusto o a una especial tendencia interna es posible admitir cualquier forma o clase de dolo: sea el directo, de primer o segundo grado, o el eventual[26], que se define como la conciencia de un riesgo elevado que puede lesionar un bien jurídico. La mujer debe conocer su estado de embarazo, debe saber qué medios o instrumentos le pueden afectar, y qué sustancias son nocivas para del feto o embrión.

No es correcto entender que todas las modalidades de aborto solo pueden cometerse a título de dolo directo, avalando dicha consideración basándose en una interpretación sistemática que tiene en cuenta la redacción del aborto preterintencional, figura que alude a la formulación lingüística «*sin propósito de causarlo*» y que daría a entender, a contrario sensu, que los demás tipos delictivos del capítulo requieren dolo directo, pues, por un lado, ningún tipo exige una modalidad especial de dolo, y, por otro, el hecho que se regule un tipo delictivo en un determinado sentido no puede llevar a extender dicha exigencia a otras figuras. Asimismo, la utilización en el aborto preterintencional de la referencia a «*sin propósito*» se debe a la peculiar estructura y fundamento político criminal y dogmático de la figura; y no a otra cosa.

Es indiferente en lo que concierne a la determinación del dolo, propio del aborto, las especiales o concretas motivaciones de la mujer, o el tercero que lo practica, como, por ejemplo, el evitar un crecimiento desmesurado de la familia, el impedir que el concebido adquiera derechos patrimoniales o evitar que la mujer sufra menoscabos o alteracio-

---

[25] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 147; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 772; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 164, p. 66.

[26] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 79.

nes estéticas, ya sea por el deseo de conservar la figura o por exigencias laborales o de otro orden[27].

Existe error de tipo, y por tanto, estamos ante un comportamiento impune cuando, por ejemplo, la persona interrumpe su estado de gestación sin saber que se hallaba embarazada, v. gr. se encontraba en el primer mes de gestación, cuando ingiere una sustancia abortiva sin saberlo; o el caso frecuente de creer que determinados medios o medicamentos tienen una determinada posología y no afectarán al embarazo, pese a que tienen una contraindicación al respecto y que la mujer no advierte. Asimismo, hay error de tipo –y la conducta carece de relevancia jurídico-penal– cuando el consentimiento de la mujer ha sido obtenido mediante engaño o ella ha sido inducida a error, v. gr. se practica el aborto bajo el pretexto de una operación quirúrgica de rutina.

IV. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de aborto, como todo delito contra la vida, es un delito de lesión y de resultado instantáneo[28]. El momento consumativo de la infracción se da cuando se produce la destrucción de la vida del concebido (muerte), siendo indiferente el hecho de si ha mediado o no una expulsión del seno materno[29]. Da lo mismo que la muerte se haya producido dentro del claustro materno, en el transcurso de la expulsión o después de la expulsión misma. Resulta irrelevante si se ha llevado a cabo o no la intervención quirúrgica de raspado o legrado por la que se extraen definitivamente los restos del feto[30].

---

27 Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 95; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 150; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 64.

28 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 117; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 77; MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 177; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 161, p. 64; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 62.

29 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 178.

30 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 140.

Es necesario, en todo caso, demostrar la existencia de una relación de causalidad e imputación objetiva entre las maniobras abortivas realizadas (o la ingestión de determinadas sustancias) con la muerte del concebido. Estamos frente a un delito de resultado instantáneo en la medida en que la acción y el resultado son capaces de ser separados espacio-temporalmente.

No es necesario que exista una muerte inmediata del concebido respecto a la realización de las maniobras abortivas, esta puede ocurrir, por ejemplo, al tercer día[31]. La comprobación de la muerte del concebido normalmente sigue un procedimiento distinto a la demostración de la muerte de una persona, prueba de ello es que no se efectúa la intervención de un electroencefalograma plano, instrumento, imposible de utilizar cuando el concebido tiene menos de tres meses (embrión).

La consideración de las diversas modalidades dolosas del aborto, como delitos de lesión, permiten establecer la posibilidad de admitir la punibilidad de la **tentativa**[32]. Su admisión o rechazo no se vincula a la adopción de una determinada opción político-criminal respecto al aborto o a la alegación de supuestos derechos de la mujer o al drama de haber intentado interrumpir el embarazo[33]. Los planteamientos preventivos, generales o especiales, o razones de índole sentimental, no pueden poner en entredicho los planteamientos y categorías dogmáticas que poseen rancio abolengo.

La tentativa punible, en el delito de aborto, tiene su principio de ejecución en la puesta en peligro del bien jurídico «*vida*», circunstancia que reclama también la conveniente atención al plan del autor. No cons-

---

31 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118.

32 Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 77; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 575; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 259; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 162, p. 64; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86.

33 En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 195.

tituye tentativa de aborto, sino un simple acto preparatorio: el comprar las sustancias o instrumentos abortivos o el hecho de prepararlos: el conocer la dirección de la persona que practica el aborto; el indagar direcciones o cotizar precios; o el encontrarse en una sala de espera en turno para ser atendido o la previa consulta ginecológica que establece la viabilidad o no del feto, los peligros o la situación del embarazo. Tampoco el vender, indicar o distribuir medicamentos o instrumentos abortivos[34], o el simple hecho de brindar su consentimiento para la ejecución del aborto[35]. Dichos comportamientos son impunes.

Hay un principio de ejecución cuando se ingiere una determinada sustancia abortiva, cuando las maniobras comienzan a desplegarse sobre el cuerpo de la mujer o se introducen por la vagina determinados instrumentos. No es necesario, sin embargo, que la sustancia o el instrumento utilizado haya logrado alcanzar al concebido o que éste comience a morir. Si la realización de las prácticas abortivas determinan la expulsión del feto, pero este se salva o logra sobrevivir estaremos ante una tentativa acabada[36]. Hay desistimiento voluntario del delito de aborto cuando, por ejemplo, se administra el antídoto que anula el efecto del medio abortivo[37].

Estamos ante una tentativa inidónea cuando se utilizan medios no aptos para producir la muerte o cuando estos son idóneos pero la mujer no se encuentra embarazada[38]. El hecho que la mujer ejecute maniobras abortivas sobre su propio cuerpo creyendo erróneamente que está emba-

---

34 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/50, p. 306.

35 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 162, p. 64.

36 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 77; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 140; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 574.

37 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118.

38 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/48, p. 305; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 96.

razada, lejos de constituir un caso emblemático de error de tipo, representa, más bien, un ejemplo paradigmático de delito imposible al no existir el respectivo objeto de la acción[39]. El desistimiento se puede producir por la interrupción voluntaria de las maniobras abortivas antes que se haga todo lo necesario para provocar la muerte del concebido (retiro de un instrumento que previamente se había introducido en la vagina) como la realización de actos positivos que eviten el resultado (acudir al hospital para detener el aborto luego de haber ingerido una sustancia abortiva).

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El artículo 114° del Código Penal tiene como figura y protagonista central a la mujer que se causa el aborto (por acción u omisión impropia) o consiente que otro lo haga. Como se señaló (*ut supra*), la calidad de autor no lo da el hecho de lograr la expulsión del feto o embrión del claustro materno, si no la ejecución de la muerte del concebido, ya sea dentro o fuera del vientre de la mujer. Así, no es autor del delito de autoaborto la mujer que logra la expulsión del concebido, pues es otro quien realiza el acto de matar.

En este caso deben diferenciarse dos hipótesis: 1) si la madre quería producir la muerte, pero esta solo se logra gracias a la intervención de un tercero que finalmente mata al concebido, estaremos ante una tentativa punible de autoaborto por parte de la mujer; 2) si la madre se provoca la expulsión, pero según el plan criminal es un tercero quien va a producir la muerte del concebido, estaremos aquí frente a una coautoría. La madre responde por autoaborto (artículo 114°) y el tercero por aborto consentido [artículo 115°)[40]. La autoría mediata también es posible de plantear siempre que la madre ejerza sobre un tercero una grave coacción o se aproveche de su error, v. gr. una doctora solicita a una joven practicante de enfermería que le administre una inyección abortiva, haciéndole creer que despliega también otros efectos que (aparentemente) sirven para mejorar sus problemas de salud.

---

39 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 163, p. 64.

40 Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 180.

No creemos que sea posible fundar la *autoría directa* del padre del concebido en el delito de aborto basándose en la construcción de la *omisión impropia* cuando no evita que el delito se consume, pese a conocer la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo e incluso, si está presente en el lugar de los hechos. Ello se debe a que la legislación peruana –como la inmensa mayoría de legislaciones del Derecho comparado– no conceden relevancia alguna a la opinión del progenitor, siendo irrelevante su consentimiento en el aborto[41]. Sin embargo, creemos que se puede fundar su responsabilidad penal basándose en la complicidad omisiva, derivada de las estrechas relaciones comunitarias y el parentesco que le vincula al concebido.

El comportamiento del padre no puede ser enjuiciado dentro del delito de omisión al socorro [artículo 126°) ya que el delito solo se configura cuando una persona se encuentra ante un peligro grave para su vida o su salud; y se sabe claramente que el concebido no es persona.

La participación también es posible en cualquiera de sus formas, sea a título de inducción o a título de complicidad.

Habrá inducción cuando se determina a una persona –en este caso mujer– a cometer un delito (aborto) generando su decisión y resolución criminal. La inducción no solo es compatible con la idea de persona malvada o perversa. Ello queda demostrado claramente en el delito de aborto cuando se contempla que la instigación puede fundarse en móviles altruistas, v. gr. el deseo de evitar graves problemas o complicaciones familiares, afectivas o económicas a la mujer embarazada. Debe valorarse el hecho social –que encuentra respaldo en las más elementales y rudimentarias estadísticas– respecto a que muchas veces la decisión de abortar no pertenece solo a la mujer embarazada si no que esta llega a adoptar dicho comportamiento a raíz de consejos, presiones o influjos psíquicos de terceros, v. gr. los familiares más cercanos, amigos, su pareja, etc.

---

41 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/33, p. 297.

La inducción juega un papel más que importante. De allí que siempre ha de ser tenida en cuenta por los órganos de administración de justicia; incluso, puede haber una pluralidad de inductores.

No constituye inducción punible el aconsejar a la embarazada a someterse a un aborto, si la interrupción del embarazo es la única vía para salvarle la vida o evitar un grave daño a su salud. Sin embargo, es punible la inducción dirigida a abortar si el embarazo es consecuencia de una violación o abuso sexual, de una inseminación no consentida o de un aborto eugenésico. Ello se debe a que en la legislación peruana la única modalidad de aborto impune es el aborto terapéutico, siendo punibles las demás modalidades de aborto.

La complicidad también es muy frecuente y de concurrencia masiva en el delito de aborto. Normalmente proviene –tal como lo avalan los estudios criminológicos– de personas muy cercanas a la mujer[42]. Puede revestir la modalidad de colaboración a través de la entrega de materiales, instrumentos, sustancias o cosas para que la mujer se practique el aborto; el proporcionar un préstamo de dinero para que logre pagar el costo de la intervención[43] o el facilitar la habitación o casa donde se producirá la actividad abortiva[44].

Asimismo, los casos de complicidad psíquica son muy frecuentes y se presentan a través de consejos, adiestramiento, recomendaciones o por el hecho de acompañar a la mujer embarazada al lugar o al encuentro de la persona que va a practicar el aborto[45], pues muchas veces dicho comportamiento constituye un fortalecimiento de la voluntad criminal. Es también complicidad, el indicar la dirección en donde el aborto puede efectuarse; sin embargo, el problema reside en determinar si se trata de un caso de complicidad simple o de complicidad pri-

---

42 Cfr. KAISER, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», cit., p. 455.

43 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 185.

44 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 40; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 140.

45 Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 185.

maria (cooperación necesaria)[46]. Cabe resaltar que si se asume la teoría de los bienes escasos dicho acto será subsumible dentro de los alcances de la cooperación necesaria. Creemos, empero, que la decisión sobre esta materia debe fijarse en función de las particularidades del caso concreto.

En la participación debe también probarse una relación de causalidad entre los comportamientos tendientes a favorecer, promover o inducir el aborto y la consumación del mismo. Los criterios de imputación objetiva juegan también aquí un papel de sumo valor. Así, por ejemplo, no habrá participación punible sino una mera complicidad tentada (impune) cuando no se utilicen los medios o instrumentos provistos o aconsejados por un profesional sanitario para la práctica del aborto, sino otros[47]. En este supuesto, la impunidad solo es para aquel que aconseja o entrega los medios abortivos que finalmente no se utilizan, pero no beneficia a quien ha convencido que se empleen, como efectivamente ha sucedido, otros medios, v. gr., al señalar que son más eficaces.

---

[46] Al respecto, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/51, p. 307.

[47] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 69; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157.

CAPÍTULO XVII
ABORTO CONSENTIDO

Artículo 115°.-

«El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años».

I. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido en el delito de aborto consentido es la vida humana en su fase prenatal. No se protege ni el consentimiento de la madre, ni el respeto a su voluntad. El objeto de tutela sigue siendo el mismo que en el delito de *autoaborto*. La vida no constituye un bien del que la madre pueda disponer a su antojo y entera libertad[1]. En nuestro derecho positivo la vida humana, aun en su fase prenatal, es un bien jurídico indisponible.

II. TIPO OBJETIVO

1. Sujetos

El **autor** del delito de aborto consentido es cualquier persona[2] distinta a la madre gestante[3]; puede tratarse de un médico, un ginecó-

---

1 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 156, p. 63.

2 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86.

3 En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 197, quien considera como sujeto activo a la gestante.

logo, una partera, un estudiante de medicina o cualquier persona que posea o no conocimientos especializados o empíricos al respecto. Incluso, es posible que el delito sea ejecutado por el padre del concebido o algún familiar de la mujer gestante. La ley no repara aquí en la condición, calidad especial o estatus que debe cumplir quien realiza el aborto consentido, solo le interesa castigar a la persona, que realiza el aborto (matar al feto).

No se trata de un caso de participación especial tipificada[4], sino de un supuesto emblemático de autoría, dado que el sujeto mata al concebido con el consentimiento de la mujer; estamos aquí ante un delito *común* y no especial. No creemos que la sola manifestación del consentimiento de la mujer para abortar, la eleve a la calidad de coautora junto al autor que realiza la acción de matar[5]. Para que ello suceda no solo debe prestar su aprobación al hecho, sino que debe realizar actos ejecutivos y compartir una distribución de funciones y el dominio del hecho.

Si bien la redacción del tipo penal es monosubjetiva en la medida que describe la conducta de un solo autor, la naturaleza del delito de aborto consentido es plurisubjetiva, dado que además del autor que realiza las maniobras abortivas se debe contar con el consentimiento de la madre gestante[6]. La figura del aborto consentido requiere no solo del concurso de quien por su cuenta mata al feto, dentro o fuera del claustro materno, si no de la autorización de la madre para la ejecución del hecho.

El **sujeto pasivo** del delito siempre será el concebido o la vida humana en estado prenatal[7]. No se protege ni el interés demográfico del Estado, ni una supuesta esperanza de vida y menos la salud de la madre o su capacidad de disposición para decidir sobre el producto de la concepción.

---

[4] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 97

[5] En contra, loc. cit. Muñoz Conde sostiene que el aborto doloso realizado por un tercero con el consentimiento de la mujer es un caso de coautoría entre este y la embarazada.

[6] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 261.

[7] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 86.

2. Comportamiento típico

El elemento típico invariable del delito de aborto, en cualquiera de sus modalidades, es la preexistencia de un estado de gestación por parte de una mujer. A este requisito se le agrega una serie de presupuestos, los cuales están condicionados a la modalidad y a la clase de aborto regulado por la ley. Así, por ejemplo, en el aborto consentido es necesario verificar la provocación del aborto con el consentimiento de la mujer.

a. Que la mujer preste su consentimiento para abortar

El consentimiento que presta la mujer debe ser serio. No es necesario que sea expreso[8] o se utilice alguna formalidad como el dejar constancia por escrito o se realice ante terceros (testigos), puede formularse verbalmente o también por actos concluyentes, es decir, como modalidades emblemáticas de consentimiento tácito, v. gr. concurrir o internarse en una «clínica» dedicada a las prácticas abortivas, pagar el precio[9], etc. Empero, no debe confundirse el consentimiento tácito con el consentimiento presunto, que carece de relevancia en el aborto[10].

La edad de la mujer que consiente el aborto no interesa; es irrelevante que haya obtenido o no el ejercicio de sus derechos ciudadanos, sea capaz o haya contraído matrimonio desde el punto de vista del Derecho civil. Solo es necesario que posea una capacidad natural de juicio[11] y sea consciente del acto que realiza. No es indispensable tampoco que sea imputable penalmente[12].

---

[8] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/57, p. 310; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 97; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 197. Exige que sea expreso, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 157, p. 63.

[9] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 169.

[10] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 63

[11] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/56, p. 309.

[12] En contra, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78; NÚÑEZ, *Derecho pe-*

Las menores de dieciocho años también pueden consentir el aborto, aunque con las restricciones y limitaciones del caso, siempre –claro está– que se cumplan con todos los requisitos del consentimiento[13]. Debe recordarse que el consentimiento relevante para el Derecho penal no se rige por las reglas de validez del acto jurídico (artículo 140° CC)[14]. En ese sentido, es posible que la manifestación de la voluntad desde el punto de vista del Derecho civil sea inválida o nula; no obstante conserve su valor y eficacia en orden a los requisitos impuestos por el consentimiento en Derecho penal.

Si la menor de edad tiene una capacidad natural que le permite comprender –aunque sea mínimamente– la naturaleza de su acto su decisión de abortar no puede ser contradicha ni derogarse por la voluntad de su representante legal[15] o de sus padres que pueden mostrar interés para que su hija o representada continúe con el embarazo. Incluso, el consentimiento (punible) para abortar no puede recibir una contradicción vía resolución judicial que prohíba la realización del aborto y la continuación forzosa del embarazo. Ello, sin embargo, deja intacta la fijación de la responsabilidad penal o el sometimiento al derecho corrector de menores. La capacidad natural de juicio debe determinarse, en cada caso concreto, valorando adecuadamente la personalidad, edad, condiciones existenciales y culturales de la mujer[16].

Si las relaciones sexuales se pueden realizar con amplia libertad desde los catorce años y si se entiende que desde esta edad se abre la posibilidad de quedar embarazada sin ninguna clase de consecuencia jurídica perjudicial, se puede tomar a esta edad como un indicador útil

nal argentino, cit., T. III, p. 170; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 63.

[13] En contra, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 262, cuando señala: «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».

[14] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 198.

[15] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 157, p. 63.

[16] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/56, p. 309.

para fijar el tiempo respecto a cuándo empieza la posibilidad de consentimiento.

Creemos que los débiles mentales o los que sufren algún disturbio psíquico no pierden la capacidad de consentir ni de querer[17], siempre y cuando no se encuentren afectados por una anomalía psíquica o una alteración **grave** de la conciencia[18]. Asimismo, no interesa la posición o situación jurídica de las personas, v. gr. las condenadas a una pena privativa de libertad, extranjeras, o si se trata de mujeres solteras o casadas, huérfanas o abandonadas, etc.

El consentimiento debe prestarse con anterioridad a la realización del acto abortivo y es revocable en cualquier momento, siempre, claro está, que todavía no se haya logrado la consumación del delito. Si la mujer se retracta cuando la maniobra abortiva ya está en marcha y el tercero continúa la ejecución del hecho deberá estimarse claramente la comisión de un aborto no consentido[19]. El perdón posterior que expresa la mujer, por el motivo que sea, a quien ha cometido un aborto sin su aprobación no puede entenderse como un acto de consentimiento libre, dado que este se debe realizar antes y no después de la consumación del hecho.

Cuando la mujer autoriza la práctica del aborto, pero no se cumple con las exigencias propias del Derecho penal, la posibilidad de aplicar la figura del aborto consentido se diluye por completo, dando lugar a la aparición del aborto no consentido (artículo 115°)[20]. Esto sucede, por ejemplo, cuando la aprobación de la mujer se ha obtenido mediante el empleo de violencia, grave amenaza, engaño o inducción a error[21]. Aquí se habla de consentimiento viciado.

---

17 En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 262; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 198: «Es necesario que la mujer posea íntegramente de sus facultades mentales».

18 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, N° 157, p. 63.

19 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144°-146°/56, p. 310.

20 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 197; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 263.

21 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 97; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO

El origen de la idea de prestar el consentimiento para abortar puede tener diversas causas y fuentes. Puede provenir de un tercero (su pareja), de sus padres, de un familiar o de un convencimiento propio. La ley no condiciona la relevancia del consentimiento que la idea de abortar solo provenga de la mujer[22]. En realidad, solo exige que la ***decisión y resolución final*** de abortar haya sido obtenida de manera libre y espontánea. Dicha libertad, empero, no debe ser entendida como una libertad incondicional o como si se exigiera una voluntad o una decisión libre de interferencias de terceros, pues de ser así se terminaría negando la esencia de la vida en comunidad, la cual se encuentra cargada de influencias y contactos recíprocos.

En el delito de aborto, esta cuestión queda reflejada de manera más nítida cuando se toma en cuenta el drama personal y las circunstancias conflictivas a las que la mujer se encuentra sometida a raíz del embarazo no querido y las posibles nuevas obligaciones que contraerá si decide continuar con su estado de gestación, hecho que lo vuelve más permeable y voluble a las sugerencias, consejos y recomendaciones de terceros, que en gran parte de casos es a favor de la práctica del aborto. Incluso, la mujer no solo puede tener la iniciativa de practicarse un aborto, sino que puede determinar o instigar a que un tercero cometa este hecho. Creemos que su papel no solo puede ser consultivo, sino también decisorio[23]. Con la observación, eso sí, que en este caso su comportamiento deberá comprenderse dentro de los alcances del artículo 114°.

Empero, no debe confundirse el hecho de que se pueda aconsejar a la mujer para que se practique el aborto y otro muy distinto es que se pretenda sustituir su voluntad por la de los padres, tutores o curadores o simples guardadores. La ley solo concede relevancia al aborto consentido que es prestado por la propia mujer[24]; de tal manera que el aborto que prescinde del consentimiento y de la vo-

---

GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 76; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 199.

[22] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 169.

[23] En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 262.

[24] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 151.

luntad de la mujer gestante deberá calificarse como aborto no consentido (artículo 116°), a pesar que ella se encuentre incapacitada para consentir.

Desde la perspectiva político-criminal, y en particular desde los criterios preventivo-generales, el consentimiento de la embarazada si bien no opera como una causa eximente de responsabilidad para quien comete el aborto –en la medida que se trata de bienes jurídicos de naturaleza indisponible como en este caso lo constituye la vida del concebido[25]– no cabe duda que representa una causa de atenuación de la responsabilidad penal sobre todo si se compara la penalidad que el legislador asigna al aborto consentido (no menor de uno ni mayor de cuatro años) respecto al aborto no consentido (no menor de tres ni mayor de cinco años).

El legislador penal parte de la consideración que es mucho más grave practicar un aborto sin el consentimiento de la embarazada que el ejecutarlo contando con su aprobación, pues en el primer caso no solo se atenta contra la vida del concebido, sino también contra la voluntad de la mujer de no querer abortar.

Sin embargo, debe resaltarse también el hecho que el aborto consentido recibe una mayor penalidad respecto al autoaborto, pues mientras a uno se le impone una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, al otro se le fija una pena privativa de libertad no menor de dos años. Si bien en ambos casos hay un atentado contra el bien jurídico vida y media el consentimiento de la mujer, el legislador parte de la estimación de un menor reproche jurídico a la mujer que se practica el aborto o consiente que otro lo haga, pues pese a existir un vínculo sanguíneo o afectivo entre la madre y el concebido se reconoce también, por lo general, la situación abrumadoramente conflictiva y tensional por la que atraviesa la madre y que lo lleva a inclinarse por la opción del aborto.

---

25 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 198; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87.

No es que el Derecho penal fomente los abortos practicados por las propias mujeres embarazadas o considere menos reprochable el atentado contra el bien jurídico «vida», sino que más bien se reconoce una realidad social y una situación humana, tan personal e íntima, cuya esencia es el conflicto de intereses y la permanente oposición de la libertad de la madre y la vida del concebido. Ello a diferencia del aborto consentido en donde la interrupción del embarazo se lleva a cabo por un tercero, que desde el punto de vista criminológico muchas veces obra alentado por móviles egoístas y socialmente desaprobados como el afán de lucro o el interés de obtener una determinada ventaja o beneficio, circunstancia que se distingue y diferencia completamente del conflicto de intereses reconocido jurídicamente y que es propio del autoaborto.

b. Que se cause el aborto

El Código Penal vigente castiga en el aborto consentido a todo aquel que practique la interrupción ilícita del embarazo. Dicho panorama se distingue claramente de la situación normativa reflejada en el Código Penal de 1924 que equiparaba y establecía el castigo al que prestaba asistencia a la gestante en la realización del aborto[26]. Hoy en día, el prestar asistencia o cualquier clase de ayuda a la mujer embarazada no constituye más una modalidad de aborto consentido, sino que, aplicando las reglas de la autoría y participación, dicho comportamiento cae subsumido dentro de la modalidad de complicidad en el autoaborto.

A diferencia del delito de autoaborto, en donde la interrupción del embarazo es practicada por la propia mujer gestante, en el delito de aborto consentido el rol que desempeña la mujer es menor, dado que se limita a prestar su consentimiento, siendo abrazado su comportamiento por la segunda modalidad típica del artículo 114°. En el aborto consentido, la muerte del producto de la concepción es provocada por un tercero. No es necesario que exista un concierto o acuerdo criminal entre la mujer y el que causa el aborto consentido, aunque la casuística nos aconseje lo contrario.

[26] Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 263.

La ley no supedita el castigo del delito a la existencia de un concierto de voluntades entre el tercero y la mujer gestante. En lo único que se repara es que el autor realice el acto de matar al concebido sabiendo que la mujer quiere el aborto o lo tolera[27], ambos supuestos son abarcados indistintamente por el consentimiento. En ese orden de ideas, el conocimiento o la información acerca de la autorización de la mujer puede lograrse por diversas vías, v. gr. su pareja, un familiar, un amigo etc. Es irrelevante si el consentimiento es prestado directamente por la mujer al sujeto que va a causar el aborto o si este proviene a la intermediación de un tercero.

No se requiere que haya basado en un trato personal, cercano amical entre la mujer y quien le practica el aborto con su consentimiento. Tampoco es indispensable que la mujer haya amortizado algún tipo o clase de ventaja, generalmente de naturaleza patrimonial, a quien le practica el aborto. Si bien ello sucede de manera corriente, en la práctica no enerva en absoluto la existencia de una remuneración económica de por medio. La interrupción del embarazo puede producirse también a título oneroso o gratuito y puede ser impulsado por móviles bajos o altruistas. La motivación no constituye un elemento del tipo; a lo mucho su valor servirá de referente al momento de la determinación judicial de la pena.

Aquí también resulta indispensable probar de modo fehaciente la relación de causalidad y la imputación objetiva entre la conducta realizada (maniobras abortivas) y la muerte del concebido. La acción ejecutada por el tercero debe crear un riesgo y peligro de suficiente entidad que sea capaz de concretarse en el resultado (muerte del producto de la concepción). Si el peligro no se realiza, solo existirá una tentativa punible. No interesa la clase, naturaleza y calidad de los medios empleados[28]; solo es necesario comprobar su aptitud e idoneidad objetiva para matar al concebido. Debe destacarse que si bien muchas veces habrá una coincidencia entre los medios idóneos para provocar un ho-

---

[27] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 198.

[28] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 197.

micidio y los que pueden causar un aborto –hablándose aquí de una idoneidad objetiva para matar, en general– muchas veces los medios aptos para provocar un aborto no son idóneos si lo que se busca es cometer un homicidio. Por ello, a la par de efectuar un análisis particularizado y en concreto de los medios que se utilizan para la interrupción del embarazo debe advertirse que su potencia lesiva por lo general será menor que la que se necesita para cometer un homicidio.

Si bien existe un grupo indiscutible de casos que sirven como ejemplo de aborto consentido (v. gr., las prácticas y maniobras que se ejecutan dentro del útero de la mujer o sobre su cuerpo) existen supuestos problemáticos en los que es muy difícil saber si estamos, en realidad, ante un autoaborto o ante un aborto consentido. Por ejemplo, se puede discutir acerca de la administración de pastillas o la entrega de un brebaje a la mujer para que esta lo tome y así aborte, o la colocación de una inyección que es traída por la mujer con dicho fin. En el primer caso, en el que la mujer toma voluntariamente las pastillas o el brebaje, más allá de reparar en el simple acto de ingestión de pócimas o de ciertas recetas, se debe fijar la atención respecto a quién tiene el dominio y el control final del suceso: si la mujer o el tercero.

Cuando sea el tercero quien tiene el dominio del hecho, habrá un aborto consentido y no un autoaborto. No obstante, si la mujer decide el sí y el cuándo del suceso, existirá un autoaborto. En el segundo caso, cuando la mujer trae la ampolla y pide a un tercero que se la coloque, creemos que nos enfrentamos a un autoaborto y no a un aborto consentido, pues la conducta del tercero es simplemente accesoria o de ayuda al comportamiento de la mujer.

Ha de quedar claro que el hecho de consentir no implica que la mujer se limite a mostrar su aprobación a la realización de la práctica abortiva o se restrinja a decir un simple «sí quiero abortar». En realidad, como hemos visto, el consentimiento no solo puede llevarse a cabo a través de afirmaciones, sino que muchas veces supone también la realización de verdaderos actos materiales o de apoyo al comportamiento de un tercero. De tal manera que no debe extrañar que la mujer muestre su colaboración realizando actos positivos a la conducta des-

plegada por un tercero, quien causa finalmente la interrupción del embarazo, sin que ello suponga necesariamente que se ha incurrido en el delito de autoaborto.

III. TIPO SUBJETIVO

El delito de aborto consentido solo puede cometerse por imperio del principio de legalidad (artículo 12°), a título de dolo[29] en cualquiera de sus modalidades, ya sea de dolo directo –de primer o segundo grado– o de dolo eventual[30]. La ley peruana no utiliza ningún elemento del tipo distinto al dolo; ni castiga el aborto consentido culposo.

El delito requiere que el autor conozca que con su actuación crea un riesgo para el bien jurídico (vida). Sin embargo, la ley añade un requisito adicional que debe ser comprendido por el conocimiento del autor: el consentimiento de la mujer para practicar el aborto. En ese sentido, no basta que el tercero sepa que se mata al producto de la concepción, sino que es necesario conocer que la mujer ha prestado su autorización para ejecutar el aborto. Dicho conocimiento –tal como se apuntó– no debe necesariamente provenir de manera directa de la propia mujer, o debe revestir algún tipo o clase de formalidad, sino que puede recaer en un tercero que informa de dicho consentimiento a quien finalmente realiza la conducta mortífera.

El error de tipo excluye el dolo, independientemente de si es vencible o invencible, y hace que la conducta devenga en impune, pues como se señaló, en nuestra legislación no se ha previsto ni consagrado el aborto culposo. El error puede recaer en cualquiera de los elementos del tipo. Se puede desconocer, por ejemplo, el estado de gravidez de la

---

[29] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 199; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87.

[30] Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 42; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144°-146°/38, p. 298, quien cita como ejemplo el caso del médico que teniendo fundadas sospechas acerca de la preñez de la mujer procede a inyectarle la sustancia abortiva sin esperar la prueba del embarazo.

mujer o que con la conducta desplegada se ha creado un peligro para la vida del concebido.

Asimismo, y he aquí la particularidad del aborto consentido, el error puede recaer en un desconocimiento de la autorización, pese a que la mujer efectivamente ha manifestado su deseo e intención que se le practique el aborto, v. gr., se cree que el aborto se realiza contra la voluntad de la mujer.

En este caso, el hecho que exista objetivamente la aprobación de la mujer para que se practique el aborto no basta para aplicar la figura penal del aborto consentido; ello se debe a que la ley exige de manera necesaria que el conocimiento deba proyectarse también sobre el consentimiento de la mujer embarazada. El desconocimiento del autor (de la autorización para abortar) determina que el tipo aplicable sea el aborto no consentido (artículo 116°).

Un caso distinto es aquel en el cual el autor cree que concurre el consentimiento de la mujer cuando ella en realidad no ha autorizado en absoluto la práctica del aborto. Si desde el punto de vista lógico se aplican las reglas del error de tipo, será necesario castigar a título de aborto no consentido (artículo 115°) ya que no existe objetivamente la manifestación aprobatoria de la mujer. Lejos de atenuarse su responsabilidad se terminaría agravando.

Sin embargo, la doctrina penal de manera mayoritaria basada en consideraciones político-criminales y de justicia material viene planteando la posibilidad de castigar al autor que represente elementos privilegiantes –que en realidad no concurren– como si su representación fuera correcta. La pena a imponer no sería la de la figura de aborto no consentido, sino la de aborto consentido. Aquí se da prioridad al aspecto subjetivo sobre la tipicidad objetiva de la conducta[31].

---

[31] Vide respecto a los delitos de homicidio: CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., pp. 264 y ss.

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La autoría es posible en la figura del aborto consentido en cualquiera de sus modalidades. Habrá autoría directa cuando se tenga dominio de la acción y conocimiento de la autorización para abortar por parte de la mujer. Habrá autoría mediata cuando el autor manipula el comportamiento de un tercero (instrumento) valiéndose bien de la coacción o del error, v. gr. se pide a un tercero que compre y coloque una determinada ampolla señalándole que su fin es neutralizar una infección bronquial cuando en realidad se trata de una inyección abortiva. La coautoría aparece, por ejemplo, cuando dos personas que conocen el consentimiento de la mujer realizan las maniobras abortivas.

La participación es posible en cualquiera de sus dos modalidades: instigación o complicidad. Habrá instigación, por ejemplo, cuando el novio determine a una persona a realizar el aborto, haciéndole constar la aprobación de la mujer ofreciendo una determinada suma de dinero a cambio. Debe recordarse que la instigación es una forma de participación criminal y no de autoría[32]. La complicidad puede ser material o psíquica. La primera opera cuando se realiza una serie de prestaciones o se brinda determinados instrumentos idóneos para la realización del delito, mientras que la segunda existe cuando, por ejemplo, se fortalece o refuerza la decisión criminal de realizar el aborto consentido.

V. ABORTO CONSENTIDO AGRAVADO

El segundo párrafo del artículo 115° del Código Penal. castiga con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años la práctica del aborto si de su ejecución sobreviene la muerte y el agente pudo prever el resultado. La razón de la agravación reside en producir un determinado y concreto resultado: la muerte de la mujer gestante. La ley no establece un mayor castigo si las prácticas abortivas se han realizado con *gran crueldad* o han determinado la aparición de *lesiones graves*.

[32] En contra, KOY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 265.

Solo hay una causa para agravar la responsabilidad en el aborto consentido: la muerte.

Si se han producido lesiones, ellas quedan consumidas por el aborto, salvo que se hayan inferido como hechos autónomos o de modo separado. En este caso concurren realmente[33]. Si las lesiones determinan la muerte del concebido, la cual no se quiso, será de aplicación el aborto preterintencional.

El legislador peruano, lejos de someter la ejecución del aborto y la causación de la muerte de la madre gestante a un tratamiento jurídico propio del concurso ideal de delitos (artículo 49°)[34], ha creído conveniente establecer un particular tratamiento legislativo teniendo en cuenta la tradicional formulación de los delitos calificados por el resultado.

La producción del resultado se imputa y castiga no a título de dolo, sino de imprudencia o culpa. Si el autor quiso provocar no solo el aborto sino también la muerte de la madre, el hecho deberá tipificarse, según un sector doctrinal, como asesinato y no como aborto consentido agravado[35]. Sin embargo, se puede objetar a este punto de vista el hecho que solo repara en la muerte de la madre, olvidando que también aquí se ha cometido un aborto.

Creemos, que en caso se asesine dolosamente a la madre y al feto a través de la realización de un aborto se deberán aplicar aquí las reglas del concurso, diferenciándose los casos en los que hay una sola acción y dos resultados (muerte del concebido y de la madre), supuesto en el que se deberá aplicar un concurso ideal de delitos[36]; del caso en el que primero se mata al concebido y luego se produce la muerte de la madre.

---

[33] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 64.

[34] A su favor, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 200.

[35] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 265; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 201; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87.

[36] En este sentido, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, N° 179, p. 73.

Aquí generalmente habrá un concurso real de delitos: aborto consumado y homicidio simple, siempre que no exista conexión ideológica entre estos hechos. Empero, si luego de practicar el aborto el sujeto quiere ocultar su delito y mata a la madre existirá un concurso real de aborto y asesinato (para ocultar otro delito)[37].

Resulta indispensable verificar y comprobar aquí el cumplimiento de los criterios de la *imputación objetiva*, como la creación del riesgo y la realización del mismo en el resultado[38]. Como se ha señalado, los criterios de imputación objetiva son los mismos en el delito doloso como en el delito culposo; de tal manara que la única diferencia que media entre ambos se revela solo a nivel del principio de responsabilidad subjetiva[39].

La muerte de la mujer embarazada debe provenir directamente –en el sentido de creación del riesgo– del empleo de los medios o sustancias destinadas a provocar el aborto (intoxicaciones); o de la utilización de ciertos instrumentos con dicho fin (procesos infecciosos) o la práctica de maniobras abortivas desplegadas sobre el cuerpo de la mujer (hemorragias)[40]. Asimismo, es posible que su causa sea la escasa higiene y asepsia que se emplea en la realización del aborto y que genera una septicemia generalizada[41].

Debe existir una relación de causalidad e imputación objetiva entre la prácticas abortivas y la muerte de la madre; de tal manera que si el deceso se produce por causas y factores diversos a los medios o instrumentos utilizados en el aborto v. gr. un paro cardiaco, una alergia grave, etc. no habrá modo alguno de calificar el comportamiento como aborto consentido agravado.

37 Ampliamente, CASTILLO ALVA, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, cit., p. 189.

38 Cfr. exigiendo la prueba de la relación de causalidad ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 64.

39 Vide CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 487 y ss.

40 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 87.

41 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 200.

Lamentablemente, el legislador peruano al momento de construir la figura del aborto consentido agravado en una suerte de mixtura de delito doloso y culposo (delito preteritencional) ha utilizado una terminología desfasada y anacrónica como es la referencia a la **previsibilidad** del resultado, propio del sistema causalista clásico o en el mejor de los casos del sistema causalista valorativo. Se pasan por alto las investigaciones de la dogmática penal actual que hace ver que el topoi de la previsibilidad cumple un papel limitado y de valor secundario dentro de la sistemática de la imputación objetiva del comportamiento y del resultado, dado que puede haber imputación objetiva sin que el resultado fuera previsible para el autor como puede faltar una relación de riesgo a pesar que el resultado haya sido previsto por el agente.

Pese a la utilidad que puede significar el acudir a la idea de la previsibilidad objetiva, la doctrina penal ha venido paulatinamente relativizando la importancia de este elemento, destacando sus lados y zonas más vulnerables. Se señala, por ejemplo, la ambigüedad de este topoi que en algunos casos puede referirse a la previsibilidad del curso causal o en otros a la previsibilidad del resultado y que –en ambos casos– puede ofrecer problemas insalvables de resolución, llegando incluso a plantear soluciones contradictorias como lo refleja el hecho que previendo el autor el resultado, puede desconocer cuál es el rumbo que tomará el curso causal; o –de forma contraria– previendo el autor el curso causal, no puede llegar a conocer la clase de resultado que sobreviene (muerte o lesión grave).

Asimismo, se precisa que de ser la previsibilidad el centro de la imputación objetiva del resultado –como parece entenderlo nuestro legislador al momento de describir los delitos calificados por el resultado– supondría hacer responder ilimitadamente al autor por cualquier evento o suceso que se vincula a su conducta inicial y que se previó o pudo haberse previsto[42].

[42] Cfr. GÓMEZ RIVERO, Carmen, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del sida*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 51, quien luego anota: «En efecto, de agotarse aquí los requisitos requeridos para deducir la responsabilidad

La imputación dejaría de ser un problema y una cuestión que se resuelve sobre la base del riesgo desaprobado, y la peligrosidad de la conducta (base normativa) pasa inmediatamente a convertirse en un problema subjetivo (psicológico) o de naturaleza sociológica si es que se apela al baremo del hombre medio. No se tendría que preguntar cuánto y qué riesgo existió, sino hasta qué punto era previsible el resultado. Incluso, de llevarse hasta el extremo este planteamiento no habría inconveniente para fundar la responsabilidad penal, en la medida que el sujeto previó el resultado –o el hombre medio o el observador imparcial en su lugar lo hubiese hecho– a pesar que su conducta se mueve dentro de los parámetros del riesgo permitido[43].

Justamente, la valoración objetiva-normativa del riesgo, por encima de los criterios individuales o sociológicos, constituye una ventaja innegable de las corrientes normativas sobre las tesis del finalismo ortodoxo. Esta última corriente pasa clamorosamente por alto el hecho que la atribución de la responsabilidad no puede efectuarse desde parámetros puramente psíquicos o acudiendo a criterios sociológicos como la previsibilidad, sino que debe efectuarse en función la de peligrosidad objetiva de la conducta y de la superación del riesgo permitido (típicamente desaprobado) o de la infracción del deber objetivo de cuidado.

La idea de la previsibilidad supone muchas veces una soterrada infracción al principio de la aplicación igualitaria de la ley penal, dado que no todas las personas tienen la mismas condiciones para conocer o representarse (prever) ya sea en determinados cursos causales o en un resultado concreto, debido a las diferencias personales en razón de la cultura, conocimientos, experiencia o inteligencia que existe entre los seres humanos. Por otro lado, la previsibilidad en los casos que se impersonaliza o pasa a constituir un elemento objetivo se aleja también de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad el cual recla-

del agente por el resultado final, acabaría bastando constatar la incidencia de cualquier condición, aún ajena al injusto de la conducta inicial, con tal que fuera pronosticable(!)».

43 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 369, al afirmar que «es fácilmente constatable que en nuestro Derecho *existen muchos peligros, e incluso resultados, perfectamente previsibles, y sin embargo autorizados*».

ma valorar la individualidad y la situación concreta en la que un ser humano se encuentra.

La fórmula de la previsibilidad del resultado o del curso causal no puede evitar la expedición de sentencias fundadas en el antiguo y repudiable principio del *versari in re illicita*[44], dado que son muchas las conductas y hechos que siendo previsibles no se encuentran prohibidas; o debido a que a pesar de faltar la previsibilidad es posible fundar alguna clase de responsabilidad penal (imprudencia). No todo lo previsible tiene consecuencias en la órbita penal ni su ausencia puede excluir en ocasiones la declaración de responsabilidad penal.

La previsibilidad supone incorporar nociones propias de la teoría –hoy ya superada– de la causalidad adecuada, con el fin de explicar situaciones o casos que pueden recibir una solución correcta, aplicando los criterios de imputación objetiva. Por otro lado, también se llega a precisar que los elementos típicos internos (previsibilidad, por ejemplo) no fundamentan por sí solos, de forma suficiente, el juicio de desvalor de la conducta, toda vez que dichos elementos no constituyen en absoluto el núcleo del deber objetivo de conducta y de su infracción, sino que ese núcleo viene definido siempre por elementos típicos externos[45].

La acreditación de la imputación objetiva –y en general de la responsabilidad penal– del aborto consentido agravado gira alrededor de la prueba de que la ejecución o la consumación del aborto ha sido el factor que ha creado el riesgo que se ha realizado finalmente en el resultado: muerte de la madre. En tal sentido, no es necesario que la interrupción del embarazo se haya consumado, es decir, que se haya provocado la muerte del producto de la concepción, y luego se verifique la muerte de la madre gestante[46].

[44] Vide REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, p. 275, GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del sida*, cit., pp. 51 y ss.

[45] Vide PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, cit., p. 413.

[46] De manera contradictoria, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 201.

La agravación puede prosperar aun cuando la pérdida de la vida de la madre no sea precedida por la muerte del concebido. No es necesaria la consumación del aborto: muerte del concebido a causa de las maniobras abortivas[47]. También una tentativa de aborto, que no destruye la vida del concebido, puede realizar el peligro, causando la muerte de la madre gestante; sin embargo, debe tratarse de una tentativa idónea punible[48]. Aquí se deberá aplicar la penalidad del aborto agravado, aunque con una atenuación ya que la muerte del concebido no se produjo y se quedó en una mera tentativa[49].

Solo es indispensable que el aborto se haya comenzado a ejecutar y se hayan desplegado una serie de maniobras, medios o instrumentos con ese fin. Si no hay un principio de ejecución del aborto –o por lo menos una tentativa– y si la muerte se produce por otras causas no podrá aplicarse el segundo párrafo del artículo 115°, habiendo en su lugar otro delito. Esto sucede, por ejemplo, cuando la muerte de la madre se produce por un paro cardiaco a raíz de la administración de la anestesia como fase previa a la realización de un aborto. Aquí estaremos ante un homicidio culposo[50]; por tanto, se descartan del aborto agravado por muerte de la mujer los casos en donde lo único que se ha realizado son actos preparatorios así como los supuestos en donde se da la muerte de la mujer (que ha sido causada a pesar de que ella no estaba embarazada) o cuando el concebido se encuentra ya muerto antes de la ejecución de las maniobras abortivas[51].

---

47 En contra, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 98.

48 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 67; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 152. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 171, va más lejos y de manera excesiva plantea la posibilidad que pueda realizar la tipicidad de la agravante «el aborto en su forma tentada o imposible». A nuestro entender debe descartarse a la tentativa inidónea, dado que en ella no hay relevancia causal para producir la muerte de la mujer.

49 En contra, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 178, p. 73, quien sostiene que el delincuente en este caso será responsable de homicidio preterintencional y de tentativa de aborto.

50 Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 267.

51 Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 153.

CAPÍTULO XVIII
ABORTO NO CONSENTIDO

Artículo 116°.-

«El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años».

I. BIEN JURÍDICO

Al igual que en cualquier modalidad punible del aborto, se protege aquí la vida prenatal o del concebido. Estamos ante un tipo agravado del aborto cuya razón de ser no solo es el atentar contra la vida humana antes del nacimiento, sino que se conculca otro bien jurídico: *la libertad y la autodeterminación de la madre,* ya sea porque se actúa directamente contra su consentimiento o porque este se ha obtenido con vicios en la formación o manifestación de la voluntad[1].

El aborto no consentido no es un tipo básico de aborto, sino constituye una cualificación del mismo, pues aquí se añade un plus a la antijuridicidad del comportamiento: el practicar la interrupción del embarazo pasando por alto la decisión de la madre. Existe de manera evi-

[1] ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* cit., p. 286.

dente un mayor y adicional *desvalor del resultado*[2] en la medida en que no solo se mata, sino que se atenta contra la libertad de la madre[3]. La mayor penalidad que se le asigne a una u otra figura delictiva –en este caso el aborto no consentido– no debe llevar a plantear automáticamente su consideración como tipo básico, pues ello depende de ciertas valoraciones jurídicas como la unidad y estructura del comportamiento.

La doctrina penal estima que en el aborto no consentido son dos los bienes jurídicos protegidos: la vida del concebido y la libertad de la madre[4]. Si bien normalmente en el aborto existe un conflicto de intereses entre la autonomía y libertad de la madre y la vida del feto, en el aborto no consentido ambos bienes se encuentran en una franca compatibilidad, de tal modo que dicha congruencia es atacada por el comportamiento criminal[5].

La libertad que se protege en el delito del aborto no consentido no debe ser entendida en una acepción amplia, como si esta clase de aborto pueda también ser reconducida a los delitos contra la libertad en sentido general, ya que en todas las modalidades de aborto –y la consagrada en el artículo 115° no es la excepción– se tutela la vida humana prenatal.

En realidad, cuando aquí se alude a la libertad se pretende únicamente enfatizar en el derecho que tiene la mujer de optar por continuar con su embarazo sin ningún tipo de interferencias y se añade también, que si quiere puede interrumpirlo, así se le reconoce el derecho a decidir de manera libre cuándo y en qué momento realizarlo, asumiendo las conse-

---

[2] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/55, p. 308.

[3] Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 772; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 568; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 97.

[4] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. II, p. 44; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 76; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 574, consideran que estamos aquí ante un delito pluriofensivo. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 45, señala que estamos ante un *delito complejo*.

[5] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 574.

cuencias jurídicas, sociales y éticas que su decisión arrastre. La libertad de la mujer no solo se vulnera cuando no se respeta su decisión de continuar el embarazo[6], sino también cuando queriendo la mujer interrumpirlo (pero no lo expresa) se le practica el aborto sin su consentimiento.

Un sector de la doctrina nacional estima que el bien jurídico protegido en el delito de aborto no consentido es «[...] la vida, salud y libertad de la mujer embarazada»[7] y que aquí se atenta contra «los intereses, los sentimientos y la salud de la mujer»[8]. Pese a ello, debe destacarse que la protección de la vida y la salud de la madre en el aborto no consentido es más que discutible, pues, por un lado, no es posible llegar a esa conclusión apelando a cualquiera de los métodos de interpretación reconocidos por la dogmática penal y la teoría general del Derecho; y, por otro lado, la interrupción no consentida del embarazo no siempre y de modo necesario va a terminar afectando la vida o la integridad corporal de la mujer embarazada.

Basta pensar en las maniobras abortivas llevadas a cabo en condiciones de absoluta higiene, limpieza y en las que además se respeta las recomendaciones y las reglas médicas. Asimismo, la referencia a intereses y a los sentimientos no solo es vaga e imprecisa sino que hace penetrar como un objeto de tutela del Derecho penal criterios emocionales y afectivos, altamente discutibles en un Estado de Derecho y en un Derecho penal racional.

II. TIPO OBJETIVO

1. Sujetos

El **autor** del aborto no consentido puede ser cualquier persona, ya que se trata de un delito común (a diferencia del autoaborto). En esta

6 Así, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/18, p. 285.

7 Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 88.

8 De este modo, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 150, p. 61.

figura delictiva no existen limitaciones o restricciones en cuanto al círculo de autores, puede tratarse de un profesional de la salud, de una partera o de personas que no tienen mayor experiencia en la realización de prácticas abortivas. No es necesario tampoco acreditar una estrecha relación con la mujer, un vínculo familiar, afectivo o de otro orden. El aborto no consentido representa un caso de autoría y no un supuesto de participación tipificada.

El **sujeto pasivo** del delito es el producto de la concepción cuya vida se lesiona, (destruye) o pone en peligro en virtud de la ejecución de las maniobras delictivas. En cuanto a la vulneración de la capacidad de autodeterminación y voluntad de la mujer para decidir si continúa o no con su embarazo y en la medida que no se toma en cuenta su consentimiento, se puede estimar como sujeto pasivo a la madre gestante. Constituye un grave error circunscribir únicamente la calidad de sujeto pasivo a la mujer, excluyendo al feto[9]. Debe indicarse, sin embargo, que dicha consideración no deriva de su condición de titular de la vida del concebido –que, por cierto, no posee– sino más bien del hecho de haberse vulnerado su libertad[10] de optar por continuar el embarazo o de decidir libremente si va a practicarse o no –por su cuenta o de un tercero– un aborto. Si la mujer es sujeto pasivo del delito, al perpetrarse el hecho contra su voluntad, su intervención (forzada) en el aborto es impune[11].

2. Comportamiento típico

Como en todo delito de aborto se debe demostrar de modo fehaciente el hecho que la mujer se encontraba en estado de gestación, sin que importe en este punto el tiempo, las condiciones o el modo de cómo ha llegado al embarazo. Puede tratarse de una fecundación artificial o puede ser producto de relaciones sexuales mantenidas con su pareja o eventualmente con un extraño.

[9] Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 772.

[10] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 116.

[11] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 98.

a. Que la mujer no preste su consentimiento

La ley castiga aquí el aborto que se produce **sin el consentimiento** de la mujer gestante. La ausencia de consentimiento puede abarcar tanto a los casos en los que no se da oportunidad a la mujer de opinar como aquellos en los que la embarazada se opone claramente a la interrupción del embarazo[12]. El legislador peruano ha considerado necesario recoger en la actual redacción, la hipótesis en la que se hace abortar a la mujer contra su voluntad. Dicha opción legislativa mejora notablemente la técnica legislativa empleada por el Código Penal de 1924, en cuyo artículo 161° se hacía referencia al aborto que era practicado tanto sin el consentimiento o contra la voluntad de la mujer, regulación que había recibido las críticas de la doctrina penal peruana que consideraba redundante a esta última expresión[13]. Esta forma de aborto también puede cometerse por omisión impropia[14].

La fórmula «sin su consentimiento» empleada por la ley, no supone necesariamente que el aborto se lleve a cabo contra la voluntad expresa de la gestante y se utilice con tal fin la violencia o la grave amenaza, sino que implica en su modalidad más simple el no tomar en cuenta su voluntad, aunque no se obre en su contra. En ese sentido, ha de quedar claro que actuar contra la voluntad de la mujer embarazada no es equivalente a obrar sin su consentimiento.

En el primer caso, la actuación del autor se dirige de manera clara y abierta contra la decisión y voluntad de la mujer que se opone a la realización del hecho, mientras que en la segunda hipótesis la mujer no presta su consentimiento –ni expreso ni tácito– porque sencillamente no sabe lo que hace e ignora que es víctima de las maniobras abortivas, ya sea

---

[12] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/55, p. 308.

[13] Vide BRAMONT ARIAS, Luis, *El delito de aborto en el Código Penal peruano*, Lima, 1957, p. 167.

[14] Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 77; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 115; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 139; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 772.

porque se encuentra en un estado de inconsciencia, sufre de una grave perturbación de su discernimiento o porque es inducida a error en función de la interposición y puesta en escena de maniobras fraudulentas.

El obrar contra la voluntad de la mujer implica generalmente el conocimiento de lo que se va a ejecutar, de tal manera que hay actos concluyentes o palabras de oposición al respecto; mientras que el obrar sin su consentimiento si bien abarca este supuesto recoge también la variante en la cual la mujer no conoce ni percibe las maniobras abortivas que se realizan[15]. Es evidente que la falta de consentimiento puede determinar que la mujer desconozca las intenciones abortivas del agente o bien conociéndolas se manifieste contrario a tales insinuaciones[16].

Es claro que de las dos hipótesis que puede abarcar la referencia legal del *sin su consentimiento* la que reviste mayor gravedad social y reproche jurídico –y que, por tanto posee mayor merecimiento y necesidad de pena– es aquella que se caracteriza por actuar en contra de la voluntad de la mujer de querer continuar su embarazo[17], situación que queda en evidencia cuando se observa que los comportamientos (amenaza o violencia) a los que apela el autor constituyen por sí solos actos delictivos independientes (coacciones); mientras que el menor reproche jurídico consiste en el no tomar en cuenta la voluntad de la mujer.

Sin embargo, siendo válida de manera general esta afirmación debe tenerse en cuenta las particularidades del caso concreto que pueden llevar a demostrar la necesidad de imponer una igual o mayor penalidad para el caso en que, si bien no se obra contra la voluntad de la mujer embarazada, se aprovecha, por ejemplo, de su estado de indefensión o de su confianza e inadvertencia para practicar el aborto, ejecutando un comportamiento alevoso. El juez debe presidir su actuación guiado por la prudencia y la correcta valoración de los elementos que entran en juego en la circunstancia concreta.

[15] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 270.

[16] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

[17] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 270.

Cabe señalar que el aborto sin consentimiento no solo implica la voluntad y la decisión de la mujer de continuar con su embarazo –que constituye, por cierto, el núcleo de significación de la infracción– sino que abarca los casos en los que existe la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo, pero que al no ser exteriorizado ni comunicado –ni por palabras ni por actos concluyentes– es imposible que sea conocido por terceros.

En este caso el aborto no consentido se revela, pese a existir la voluntad de la mujer de realizarlo, por el hecho de que no hay consentimiento válido y eficaz de abortar de parte de la gestante, dado que la decisión se ha mantenido en el fuero interno y no ha sido objetivada. Debe recordarse aquí que el consentimiento que interesa al Derecho penal no es asentimiento interno o subjetivo, sino aquel que se revela al mundo social y que puede ser reconocido por un tercero. También hay aborto sin consentimiento cuando la mujer pese a mostrar en un inicio la voluntad de interrumpir su embarazo, luego se retracta comunicando dicha decisión a un tercero o a la persona que va a practicar el aborto. Aquí es absolutamente irrelevante el motivo que ha llevado a la mujer a retractarse y a desistir de ejecutar o continuar con el aborto. Si el sujeto, pese a ello, sigue por su cuenta con las maniobras abortivas, se habrá cometido un aborto no consentido.

Si la revocatoria del consentimiento se ha producido luego que se han culminado las maniobras abortivas, el consentimiento sigue siendo eficaz[18]. Asimismo, si la mujer muestra su disposición de interrumpir su embarazo solo una vez que se cumpla un periodo determinado de tiempo, v. gr. al cuarto mes de embarazo; y si el tercero practica el aborto antes y sin consultar la voluntad y decisión de la mujer también se habrá cometido un aborto no consentido.

Tal como reconoce la doctrina penal, el **perdón** no es equivalente ni surte los mismos efectos jurídicos que el consentimiento. El perdón desde el punto de vista temporal es posterior a la realización del hecho (el aborto), mientras que el consentimiento para que surta algún efecto debe darse de manera previa a la interrupción del embarazo.

[18] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 64.

Si la mujer no presta su consentimiento de modo previo a la realización del aborto o durante su ejecución, sino que se le convence de su utilidad y efecto positivo para su vida personal y familiar luego del hecho o con posterioridad ella misma, sin intervención de un tercero, se da cuenta que lo mejor era la realización del aborto, aún estaríamos dentro del aborto no consentido. Pese a la subsistencia de la responsabilidad penal, creemos que en este caso la pena puede atenuarse aplicando las reglas de la determinación judicial de la pena.

Si la mujer embarazada no tiene una capacidad natural de juicio y discernimiento y, pese a ello, aprueba la realización de la práctica abortiva sin ser consciente del acto que autoriza, la calificación del comportamiento será la de aborto no consentido. Es incorrecto sostener que si la mujer embarazada tiene una edad menor a los dieciocho años se supone *iure et de iure* que el aborto se ha practicado sin su consentimiento[19], como es equivocado elaborar cualquier presunción al respecto[20]. Lo que debe efectuarse es un análisis minucioso en cada caso particular, pues ni los menores de dieciocho años están privados de una capacidad natural de juicio, ni los mayores de dieciocho tienen siempre dicha capacidad.

No es correcto entender que las personas afectadas por una anomalía psíquica (o por una alteración de la conciencia) se encuentren privadas de consentir un aborto[21]. Si bien sus niveles de percepción de la realidad son distintos al sufrir alguna disfunción de las facultades psíquicas, no por ello van a carecer, en todos los casos, de una capacidad natural de juicio. Creemos que dicha capacidad desaparece o queda menguada volviendo ineficaz e inválido el consentimiento, cuando la anomalía psíquica o la alteración de la conciencia es **grave** o **intensa** impide una adecuada y mínima comprensión.

---

[19] En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 270.

[20] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204 considera que la falta de consentimiento se presume cuando la mujer es menor de edad o inimputable.

[21] En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 203.

El hecho que de la ejecución del aborto se deriven lesiones a la salud de la madre gestante –o incluso la muerte– no debe conducir a pensar que lo que aquí se ha cometido en realidad es un aborto no consentido, pues no se debe partir de la falsa premisa que el aborto consentido es aquel que no trae consecuencias perjudiciales para la madre gestante; y en caso esto ocurra, lo que se habrá realizado será un aborto sin consentimiento. La producción de lesiones o la muerte es independiente y corre en cuerda separada respecto al hecho de si existe o no consentimiento. Por ello, la producción de lesiones a la madre no puede tomarse como un indicio serio y relevante para la acreditación del aborto no consentido.

El consentimiento presunto no surte ningún efecto jurídico en caso sea alegado, ni puede dar lugar a la aplicación de la figura del aborto consentido[22]. Sería ilógico y contradictorio desde el punto de vista político-criminal que el legislador castigue toda forma de aborto, incluido el eugenésico y el ético, salvo –claro está– el aborto terapéutico, y quiera brindar algún tipo de relevancia jurídica al consentimiento presunto.

No basta, ni es suficiente como prueba irrefutable del consentimiento–aunque la última palabra lo tenga el análisis de las circunstancias– la sola manifestación de la mujer de que no quiere ser madre, que le gustaría perder a su hijo o que de nacer, lo vaya a odiar[23].

La figura del aborto no consentido puede cometerse por cualquier medio idóneo para doblegar o ir en contra de la voluntad de la mujer se puede emplear la violencia, la amenaza, el engaño o cualquier otro procedimiento fraudulento. Creemos que el empleo de determinados medios comisivos –si bien desde el punto de vista abstracto tienen el mismo valor, en la medida que son aptos para doblegar la voluntad de la víctima– pueden merecer una ordenación y jerarquización con el fin de ser tenidos en cuenta en la determinación judicial de la pena.

---

[22] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/57, p. 310; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 78; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 169.

[23] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 170.

III. TIPO SUBJETIVO

El delito de aborto no consentido solo se puede cometer por dolo[24], quedando excluida cualquier modalidad de imprudencia por aplicación directa del principio de legalidad. Empero, es posible admitir cualquier clase de dolo, ya sea directo, de primer o segundo grado, o el eventual[25]. El conocimiento debe dirigirse no solo hacia la producción del aborto, sino que debe abarcar también al hecho que la mujer no presta su consentimiento a la realización de la práctica abortiva.

El error de tipo vencible o invencible excluye la posibilidad de seguir considerando a la conducta como dolosa; de tal manera que una vez que se pruebe su concurrencia, la conducta deviene en impune al no estar prevista la figura del aborto consentido culposo ni castigarse una forma de responsabilidad objetiva. Tal como se señaló, si el sujeto cree erróneamente que la mujer ha prestado su consentimiento debe excluirse el castigo por aborto no consentido, y sobre la base de razones de política criminal y de justicia material, debe aplicarse el tipo del aborto consentido[26].

Si uno de los coautores, autores mediatos o partícipes (inductores o cómplices) cree que el aborto es consentido cuando en realidad se produce sin la autorización de la mujer, deberá ser castigado por el tipo básico del aborto consentido. En este caso, el error no puede agravar su responsabilidad penal, debiendo imponerse la calificación y pena de acuerdo con la representación del autor.

A la inversa, si se desconoce el consentimiento vertido por la mujer embarazada a favor de la ejecución de las prácticas abortivas y el agen-

---

[24] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 204.

[25] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 118; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., p. 77; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 773.

[26] Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/59, p. 311.

te cree que el aborto se ha producido sin su aprobación, la calificación correcta será la de aborto no consentido.

IV. ABORTO NO CONSENTIDO AGRAVADO

Al igual que en el aborto consentido, en el artículo 116° del Código Penal se ha regulado también una agravación específica referida a la producción de la muerte de la mujer embarazada. Aunque la ley no lo señale, deben aplicarse las reglas de la imputación objetiva (*ut supra*), y el resultado debe producirse por lo menos a título de imprudencia. Se descarta cualquier indicio que aquí se encuentre consagrado en una forma de responsabilidad objetiva. Es lamentable, sin embargo, que la ley penal aluda a la imprudencia recurriendo a una formulación dogmática y científica muy discutible como es la referencia legal a la *previsibilidad*, que si bien puede conectarse a la culpabilidad[27] no alude al núcleo de la imprudencia: la infracción al deber objetivo de cuidado. Se pasa por alto que existen hechos imprevisibles para el autor que no dejan de ser considerados como imprudencia al haberse superado el riesgo permitido y que también existen hechos que el autor prevé y están más allá de la imprudencia; de tal manera que no todo lo previsto es imprudencia ni todo lo imprevisto es impune.

Si se realiza una interpretación literal de los delitos calificados por el resultado, en especial los referidos al aborto consentido y no consentido, deberíamos estar de acuerdo con que lo único que se debe demostrar de manera fehaciente es si el agente previó en el caso concreto el resultado; muy al margen si la muerte –en este caso– fue producida por imprudencia. Solo una interpretación teleológica permite entender y equiparar la referencia a la previsibilidad del resultado como una forma de exigir imprudencia o culpa.

Desde el punto de vista *de lege ferenda* debe efectuarse dos observaciones críticas a la regulación del aborto agravado.

[27] Por todos, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 271.

En primer lugar, teniendo en cuenta la realidad legislativa actual, es lamentable que solo se aluda a la producción de la muerte como circunstancia agravante y no se recoja ni se reprima aquí la producción de lesiones graves a la mujer embarazada como consecuencia de la práctica de maniobras abortivas. El legislador de manera incorrecta solo repara y desvalora un resultado (la muerte), dejando de lado la consideración que muchas veces la comisión del aborto no termina tanto con la muerte de la gestante sino con la producción de lesiones graves al causar permanentes daños a su salud como la esterilidad o la extirpación del útero.

Otra objeción que tiene en cuenta la necesidad de respetar el principio de culpabilidad –como la urgencia de articular la regulación de los delitos, en particular, con las reglas de la parte general–, es la que contempla la superficialidad y el carácter poco útil y relevante de la consagración de un delito calificado por el resultado, como el descrito en el aborto, en la medida que resulta suficiente aplicar las reglas que rigen el *concurso ideal de delitos*[28].

Desde el punto de vista político-criminal y de la teoría de la pena se debe criticar la excesiva sanción que se impone a los casos de aborto no consentido agravado que van desde los cinco a los diez años de pena privativa de libertad, hecho que contraviene los principios de intervención mínima y proporcionalidad. En efecto, resulta sumamente criticable que a pesar de que se trata del mismo supuesto típico agravado: la producción de la muerte, la figura del aborto regulado en el artículo 115° tenga una penalidad notablemente inferior (de dos a cinco años de pena privativa de libertad) respecto a la modalidad del artículo 116°. Si en ambos casos se termina causando la muerte y existe la misma relación de causalidad e imputación objetiva, no se entiende la razón que lleva al legislador a imponer una pena tan severa y desproprocional en el aborto no consentido.

No creemos que la justificación pueda encontrarse en que en un caso hay consentimiento de la mujer para abortar y en el otro supues-

---

[28] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 205.

to no, ya que la aprobación de la mujer no es un elemento tan decisivo que conduzca a elegir un marco tan desigual y desproporcional de penas.

Es más, si se considera, al menos provisionalmente y como hipótesis, que la razón para que exista una diferencia tan elevada de penas es la existencia o falta de consentimiento se llega a la conclusión absurda y contradictoria, tanto desde el punto de vista lógico y valorativo, que si la diferencia en cuanto al límite máximo de pena en el tipo básico de aborto consentido (cuatro años) y el aborto no consentido (cinco años) es de un año, no se explica por qué en la producción de un resultado: muerte (aborto agravado) media una diferencia de cinco años en cuanto al límite máximo del marco penal, toda vez que la penalidad del aborto consentido agravado va de dos a cinco años y en el aborto no consentido de cinco a diez años.

En ese sentido, si de la mano de una interpretación sistemática se demuestra que la ausencia de consentimiento no puede fundamentar la imposición de un marco tan elevado de la pena (para el caso del aborto agravado del artículo 116° a pesar que se trata de un mismo supuesto típico que comparte los mismos requisitos dogmáticos del artículo 115° segundo párrafo) el único camino que queda es exigir una urgente modificación legislativa, con el fin de subsanar la evidente perversión valorativa en la que incurre el legislador a la hora de fijar el marco penal en el aborto no consentido agravado y que lesiona, en última instancia de manera clara y evidente el principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO XIX
ABORTO COMETIDO POR PROFESIONAL SANITARIO

Artículo 117°.-

«El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115° y 116° e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 4 y 8».

I. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

El fundamento de esta disposición –más allá de lo innecesario de su existencia (*ut supra*)– es obedecer a criterios *preventivo-especiales*[1] ya que el profesional sanitario posee por sus conocimientos y/o especialidad mayor facilidad para practicar el aborto con eficacia que cualquier otra persona[2], a la par que se instrumentaliza (abusa) de los conocimientos o habilidades que brinda su profesión. La disposición se orienta a un grupo determinado de autores: los profesionales sanitarios a los que se les amenaza con una pena principal –la pena privativa de libertad de los artículos 115° y 116°– y una pena accesoria consistente en la inhabilitación profesional y en la privación de grados, títulos honoríficos y otras distinciones que correspondan al cargo, profesión y oficio.

1 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 181, p. 74.

2 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 145.

A diferencia de lo que sucede en los casos de aborto consentido y no consentido cuyo destinatario de las normas es cualquier ciudadano, el precepto contenido en el artículo 117° busca orientarse a un grupo específico y determinado de autores que por su profesión y estátus se encuentran más proclives a participar e intervenir en la realización de interrupciones de embarazos ilegales. Necesariamente debe tratarse de un tercero, no siendo posible aplicar la disposición en comentario cuando se trate de un aborto cometido por la propia mujer[3].

El legislador pretende recoger una agravación en virtud de la frecuencia con la que los profesionales sanitarios incurren en la comisión de abortos ilegales. No es correcto entender, como base de la regulación *sub examine*, el hecho de que se violan aquí normas morales como la actitud altruista de constante amor al prójimo o planteamientos convencionales, como los que sostienen que la conservación de la vida y la preservación de la salud constituyen los destinos superiores de las profesiones sanitarias[4]. Como se ha remarcado por la doctrina, un Derecho penal democrático y pluralista no debe pretender proteger contenidos morales o fundar una mayor represión sobre la base de la infracción de normas o principios éticos, aunque ellos tengan origen en las pautas de una determinada profesión, pues supondría una vulneración del principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad[5].

Pese a todo, la existencia del artículo 117° está sometida, a dos observaciones, una de naturaleza dogmática y otra político-criminal.

Desde el punto de vista dogmático, se apunta que al incorporar en el artículo 117° una misma penalidad para los profesionales sanitarios que la reservada para cualquiera de los autores del aborto consentido o no consentido, no se entiende cuál es el sentido y la finalidad del precepto, pues si en orden a la pena principal y más grave (la pena

[3] Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 579; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 145.

[4] Así, sin embargo, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 272.

[5] Ampliamente, CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 245 y ss.

privativa de libertad) se impone la misma sanción para todos, no tiene sentido diferenciar formalmente el tratamiento de aquellos que pueden cometer el aborto con los profesionales sanitarios, si al final siempre se les va imponer a todos la misma pena. Si un profesional sanitario va a recibir una sanción dentro un mismo marco penal que cualquier otra persona que practique el aborto, v. gr. una comadrona, no se explica por qué –y solo desde el punto de vista formal– se va remitir a otra disposición la calificación típica.

No obstante, si se sostiene que la razón de la agravante no reside tanto en la imposición de una pena privativa de libertad sino en la fijación de una pena accesoria de inhabilitación, debe señalarse que tal premisa es falaz e incorrecta, pues la aplicación de la pena de inhabilitación podría efectuarse sin necesidad de crear un precepto como el consagrado en el artículo 117°, remitiéndose a tal efecto a las reglas de la parte general (artículo 33° y ss. del Código Penal).

Desde el punto de vista político-criminal –y aunque solo sea de manera simbólica– si se impone un tratamiento diferenciado –diríamos, mejor, por separado– de la responsabilidad penal del profesional sanitario respecto a los demás posibles autores del aborto consentido, o no consentido lo único que se está fomentando es la proliferación y aumento de los abortos clandestinos[6] y de la cifra negra de la criminalidad con los consecuentes e implícitos riesgos para la vida y la salud de la mujer gestante que cae en manos de terceros inescrupulosos que poseen escasos conocimientos técnicos y poca experiencia que no solo pueden hacer que aumenten los daños y las lesiones a otros bienes jurídicos, sino que convierten a las prácticas abortivas en un cómodo y pingüe negocio, cuya fuente de lucro y ganancias se obtienen a costa de la privación de la vida a seres indefensos.

Un tratamiento punitivo más grave a los profesionales sanitarios no solo refleja una política criminal demagógica e hipócrita, sino que patentiza una despreocupación por parte del Estado y la socie-

[6] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 145.

dad para solucionar un problema social y humano como el aborto y disminuir la tasa de mortalidad de las madres gestantes que se someten a las prácticas abortivas cuyo control y dirección recae en manos de profanos no especialistas. Se pasa por alto que en algunas legislaciones la intervención del médico constituye una causa de atenuación en la medida que es una garantía para la salud y la vida de la madre gestante[7].

II. LA CONDICIÓN DE PROFESIONAL SANITARIO

El artículo 117° solo va encontrar aplicación si se cumple con las características descritas en la norma en comentario, es decir, si se trata de un médico, un obstetra, un farmacéutico u otro profesional sanitario. (v. gr., el personal auxiliar como las enfermeras, anestesistas, cardiólogo, etc.). La referencia legal es taxativa y cerrada por lo que no debe abrazarse a aquellos que no tienen la calidad de profesional sanitario[8]. El ordenamiento jurídico hace descansar el juicio de reproche no en cualquier profesional, sino en aquel que tenga una vinculación con la actividad y la profesión sanitaria, no basta que se tenga una conexión directa o indirecta con la actividad sanitaria, v. gr. psicólogo, odontólogo, ayudante de medicina sin título profesional, etc., o se preste algún servicio de salud para que opere la agravante[9].

En este punto, la doctrina es unánime en exigir la ostentación de un título profesional –nacional o extranjero–, que lo acredite como médico, farmacéutico, obstetra o cualquier otra calidad de profesional sanitario. La razón de la circunstancia agravante posee una índole formal que se basa en razones de seguridad jurídica y de prevención especial, no es de naturaleza material; de tal manera que no se cuentan los conocimientos, pericia o destreza de quien ejecuta el aborto, v. gr. el mejor estudiante de la promoción de medicina puede tener mejores

---

[7] Vide ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 273.

[8] Similar en el derecho argentino, ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157. En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 273, quien considera que la redacción de la ley solo tiene un sentido enunciativo.

[9] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157.

conocimientos o habilidad que un médico promedio; o el grado de experiencia que se detente.

El requisito que se tenga en calidad de titulado se deriva de la misma referencia legal que plantea la necesidad de que el autor sea un *profesional sanitario* y de una interpretación teleológica del precepto, el cual al imponer una pena de inhabilitación implica que se exija un documento o una acreditación (título) que confiera un determinado estátus profesional. Sin embargo, la exigencia de este título no supone que se requiera que quien cometa el aborto sea un especialista o un profesional relacionado con el dominio de determinadas técnicas, procedimientos o medios que faciliten o produzcan el aborto.

La ley no reclama que el título profesional se encuentre inscrito en el colegio profesional respectivo, ya que puede hallarse en trámite, o no puede haberse presentado para su colegiatura a propósito. Tampoco se exige experiencia profesional o que anteriormente se haya dedicado a interrumpir el embarazo, ya sea de manera legal o ilegal.

No se incluye aquí al personal de asistencia de un hospital, clínica o nosocomio que no tiene el rango formal de personal sanitario. Lo apuntado respecto al requisito del título profesional tiene la consecuencia de excluir de manera clara e inobjetable a quienes carezcan del mismo como los estudiantes universitarios del último ciclo de medicina o de institutos[10], o los bachilleres o practicantes de médicos, clínicas u hospitales[11].

La norma, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, hace depender la aplicación de esta circunstancia del cumplimiento de un requisito formal; y no de determinadas condiciones materiales como la posesión de conocimientos técnicos o especializados, del desarrollo empírico de una actividad sanitaria o de la realización de estudios de medicina, obstetricia o farmacia. Si bien en estos casos no es posible aplicar el precepto en comentario se pueden aplicar las reglas de determinación de la pena dentro del marco penal del aborto consentido o no consentido.

[10] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 272.

[11] En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 208.

Desde el momento que solo se exige la ostentación de un título profesional, universitario o de otra institución siempre que tenga reconocimiento estatal, resulta indiferente si el profesional está habilitado para ejercer la carrera o no, v. gr., no paga cotizaciones de su colegio profesional, o si lo ejerce realmente o si se dedica a un campo y actividad distinta al de su profesión. Es lo mismo si se trata de un profesional jubilado[12] o en pleno ejercicio profesional.

III. EL ABUSO DE SU CIENCIA O ARTE

El artículo 117° del Código Penal no castiga cualquier intervención del profesional sanitario que haya causado el aborto, pues de haber sido así se habría erigido de manera soterrada y oculta una forma censurable de responsabilidad objetiva que agravaría la responsabilidad por el solo hecho de ser profesional. Con sumo acierto y corrección, el núcleo de la circunstancia se funda en el abuso de la profesión o arte en la provocación consciente del aborto. En realidad, la especial responsabilidad del médico radica en haberse valido de su profesión y de los conocimientos que esta provee con el fin de alcanzar propósitos criminales como la interrupción ilegal del embarazo.

El abuso supone un empleo exagerado o indebido de las facultades o de las condiciones personales que posee un individuo. El caso del aborto está marcado por una instrumentalización y manipulación de la profesión con el objeto de emplearla con fines mortuorios, privando de la vida al concebido. El abuso tiene un elemento subjetivo y objetivo, este punto de vista implica la utilización exagerada e indebida de las capacidades, habilidades o facultades que provee la profesión. El carácter indebido del uso de facultades –y en general el abuso– no proviene del hecho que se contravengan las normas que constituyen la *lex artis*, sino del hecho que se vulneren las normas jurídicas y del fin que se propone alcanzar el autor, que en el caso del aborto es matar al producto de la concepción.

[12] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 145.

En efecto, el profesional sanitario puede realizar una intervención quirúrgica de forma impecable o administrar los medios o medicamentos necesarios para una eficaz interrupción del embarazo sin que ello, además, ponga en peligro la vida o la salud de la madre, respetando de esta manera la *lex artis*; sin embargo, en este caso nadie dudará que se han infringido las normas jurídicas toda vez que se ha matado y que el respeto a las reglas profesionales no tienen sentido en la medida que se ha hecho un empleo abusivo de las mismas, contrariando las normas de la ética médica. Por su parte, desde el punto de vista subjetivo hay abuso cuando existe plena conciencia que se está utilizando las capacidades y conocimientos que provee la profesión con fines ilícitos.

El abuso supone la infracción de las normas profesionales –sobre todo las éticas o las que regulan el correcto ejercicio de la profesión– y/o de las normas jurídicas que en el caso del aborto prohíben la destrucción de la vida que se encuentra en pleno proceso de gestación. Ello implica que cuando la actuación del médico respete cualquiera de los parámetros aludidos por más que cause la muerte del concebido, no será posible afirmar que nos encontramos ante un comportamiento abusivo, v. gr. el caso del aborto terapéutico o cuando se juzga, incorrectamente, la necesidad de interrumpir el proceso de gestación porque cree que es la única vía de garantizar la conservación de la vida o la salud de la madre.

En el caso de un diagnóstico errado, respecto a la conveniencia de practicar un aborto terapéutico, debe descartarse el abuso de la profesión sanitaria porque aquí falta el elemento subjetivo necesario en todo comportamiento abusivo. Tampoco hay abuso de la ciencia o arte cuando el profesional sanitario interviene sin éxito para evitar las consecuencias perjudiciales de las maniobras abortivas practicadas sobre el concebido o la madre gestante y pese a ello se produce la muerte del feto o la madre resulta con lesiones graves o fallece.

No es necesario que el abuso de la profesión sanitaria se haya traducido directamente en el cobro de algún estipendio profesional, pues así como el abuso puede provenir de un servicio sanitario por el que no se recibe ninguna contraprestación, así también el cobro de una suma o

cualquier ventaja no supone, al menos de manera general, que se haya instrumentalizado la profesión, más aún cuando el cobro de una suma de dinero es común a la prestación de un servicio profesional.

En el Perú no se castiga –a diferencia de lo que sucede en algunas legislaciones del Derecho comparado– la imprudencia profesional o la imprudencia grave del profesional sanitario que desencadena la destrucción de la vida del concebido[13]. La imprudencia, en cualquiera de sus formas, no es compatible con el abuso de la ciencia o arte del profesional sanitario, pues dicha forma comisiva es eminentemente intencional o dolosa.

IV. EL PROBLEMA DE CAUSAR EL ABORTO Y LA COOPERACIÓN EN EL ABORTO. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA O AMPLIA DE LA CIRCUNSTANCIA

Uno de los mayores inconvenientes que sugiere la actual redacción del artículo 117° es determinar su ámbito de aplicación. Al respecto, es posible encontrar dos posiciones. La primera de ellas sostiene que la referencia legal a *causar el aborto* debe ser entendida en un sentido amplio, abarcando los casos no solo en los que el profesional sanitario es autor, es decir, mata al feto, sino también cuando coopera, asiste, ayuda o induce a la mujer o a un tercero a practicar el aborto[14].

A favor de esta tesis se podría alegar criterios político-criminales basados en la prevención especial que demuestran una igual peligrosidad de aquel profesional sanitario que causa la muerte del concebido de aquellos otros que limitan su actuación a aconsejar, adiestrar y a preparar a las mujeres o a terceros a cometer abortos. Desde el punto de vista ético-social, da lo mismo que el profesional sanitario mate a un

[13] Similar en el derecho argentino, ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 156; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 67.

[14] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, N° 183, p. 74 y ss. Esta es criterio dominante en el derecho argentino por expresa regulación legal, vide SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 100; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 68.

concebido que coopere materialmente o fortalezca la decisión criminal dirigida a destruir la vida de producto de la concepción.

La segunda posición plantea interpretar la expresión *causar el aborto* en un sentido restringido como si solo se refiriera a la intervención del profesional sanitario en la condición de autor, coautor o autor mediato, excluyendo cualquier referencia que vincule su actuación a la realización de meros actos de participación (complicidad o instigación).

Este planteamiento, al cual nos plegamos, hace descansar su fuerza argumentativa en el hecho que cuando la ley penal describe los comportamientos típicos de la parte especial, ya sea a través de los verbos causar u otras formulaciones típicas, en realidad se está refiriendo únicamente a las conductas de autoría, dejando fuera de su comprensión a las formas de participación criminal.

Es más, si el legislador peruano hubiese querido mencionar y abarcar expresamente los casos de cooperación en el ámbito del artículo 117°, dejaría constancia expresa de ello, volviendo estéril e inoficioso cualquier interpretación. Además de sostenerse un punto de vista contrario al que aquí se esgrime, llevaría a reconocer que el artículo 117° constituye –incorrectamente, por cierto– un caso de participación tipificada. Creemos, que si un médico, obstetra, farmacéutico u otro profesional sanitario coopera o participa en un aborto se deberá aplicar aquí el principio de la accesoriedad de la participación, debiéndose enjuiciar su comportamiento según se haya colaborado en un aborto no consentido o en un aborto consentido, no siendo aplicable al caso el artículo 117° No obstante, si se realiza una distribución de funciones y hay un codominio entre un tercero y el profesional sanitario en la realización del aborto, creemos que es posible aplicar el artículo 117°. Por último, si un tercero o un profesional sanitario colabora, por ejemplo, con un médico en la ejecución de maniobras abortivas, la calificación correcta será la de participación (complicidad o inducción) en el aborto agravado descrito en el artículo 117°.

Quedan fuera del ámbito de la agravación del artículo 117° los actos en los que el profesional sanitario, lejos de practicar el aborto, se

limita a ocultar los restos del feto o embrión muerto. Aquí se habrá cometido un delito contra la administración de justicia y no un delito contra la vida prenatal. Asimismo, se excluyen los casos en los que el profesional se ha limitado a intervenir quirúrgicamente a una mujer (*intervención curativa*) que se había practicado un aborto y el feto muere durante la operación a causa de las heridas graves[15].

[15] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157.

CAPÍTULO XX
ABORTO PRETERINTENCIONAL

Artículo 118°.-

«El que, con violencia, ocasiona el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas».

I. BIEN JURÍDICO

La vida humana prenatal está comprendida desde la fase de anidación del óvulo fecundado en el útero hasta antes del parto (natural o artificial). El objeto de protección no lo constituye la salud o la vida de la madre que en caso de ser lesionada o puesta en peligro daría lugar a un delito de lesiones[1]. El hecho que se castigue el empleo de violencia no implica que aquí se tutele la integridad corporal de la mujer o su libertad, dado que es posible –al menos teóricamente– que la violencia no suponga necesariamente un delito de lesión o un delito contra la libertad.

II. TIPO OBJETIVO

1. Sujetos

El **autor** del delito puede ser cualquier persona, ya que la ley penal no realiza ninguna distinción respecto al posible círculo de autores, se trata de

[1] En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90.

un delito común y no especial. Lo que determina la punibilidad y la razón de la incriminación no es la posesión de un determinado estátus o calidad personal, sino el empleo de la violencia sobre la mujer. Se apunta, con razón, que la mujer embarazada queda excluida, en general, del círculo de posibles autores. Sin embargo, ello no obsta al hecho que con su comportamiento previo pueda *provocar objetivamente* el empleo de la violencia.

Desde el momento que se destruye una vida prenatal, el **sujeto pasivo** del delito solo puede ser el concebido. Debe distinguirse aquí con claridad, entre la figura del sujeto pasivo (el concebido) y el objeto material del delito, representado por la mujer gestante toda vez que en ella recae el comportamiento típico de la violencia[2].

2. Comportamiento típico

Los elementos del tipo recogidos en el artículo 118° del Código Penal son, por un lado, el empleo de la violencia que ocasiona el aborto y, por el otro, la necesidad que el autor no tenga el propósito de causarlo pese a ser notorio o constarle el embarazo.

a. El que, con violencia, ocasiona el aborto

La disposición penal en comentario ha construido su centro de gravedad en el empleo de un especial modo comisivo que genera la interrupción del embarazo: *la violencia*. Aquí no se reprocha ni se desvalora otro medio o procedimiento típico que no sea la utilización de la fuerza, pese a que en la práctica pueda concurrir y ayudar a la perpetración de un aborto, v. gr. el engaño. El artículo 118° es un tipo referenciado por el medio comisivo; de allí que si el aborto (imprudente) es causado por el despliegue de otros comportamientos, el hecho deviene en impune. Así, por ejemplo, queda excluido de relevancia penal el caso en el que se le da a la mujer una serie de bebidas o alimentos con el fin de causarle un grave daño a su salud, pero que en su administración no se emplea ningún tipo de violencia[3].

---

[2] Consideran a la mujer como sujeto pasivo del delito: ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 292; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90.

[3] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 170, p. 68.

La doctrina penal peruana, que se ha pronunciado sobre el tema, interpreta de dos maneras el giro idiomático *violencia*. Así, por ejemplo, en una interpretación amplia de la expresión se entiende por violencia tanto el empleo de las vías de hecho, los maltratos físicos (faltas), las lesiones leves y las graves como el despliegue de la violencia moral (la amenaza); se incorporan aquí los casos de *vis absoluta* y *de vis compulsiva*[4]. La razón que abonaría este planteamiento reside en el hecho que la idoneidad y aptitud objetiva para causar el aborto puede provenir no solo del despliegue de la fuerza física, sino de la utilización de medios morales o psíquicos que puedan causar una profunda impresión en la mujer embarazada, generando la interrupción violenta del proceso de gestación[5].

La ley no ha pretendido solo censurar la utilización de la fuerza física y el despliegue de energía de la mujer, pues el principio de *razonabilidad* de la legislación y una elemental consideración político-criminal hace que se incorpore a la violencia moral o a las amenazas.

Por otro lado, se plantea también una interpretación restrictiva de la violencia como si ella solo se refiriera al empleo de la fuerza física que se descarga y se focaliza sobre el cuerpo de la mujer embarazada[6], sin la intención de provocar el aborto. Solo se incorporarían aquí los traumatismos, golpes y maltratos[7]; se excluyen las vías de hecho o la violencia que no actúe sobre el cuerpo de la mujer[8].

La diferencia sustancial con el parecer anterior es el dejar fuera de la tipicidad objetiva los casos de violencia moral o amenaza. En esta línea, si solo se emplean determinados medios y procedimientos de naturaleza moral o síquica, v. gr. se causa temor, miedo, zo-

[4] En este sentido, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 168, p. 67. En la doctrina argentina, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 104.

[5] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 169, p. 67.

[6] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90.

[7] Así, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 293.

[8] En contra, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 179.

zobra, intranquilidad, estrés, un *shock* psicológico en la mujer, etc. y con ello se termina, sin querer, causando la interrupción del embarazo; dicho comportamiento deviene en impune por la ausencia de tipicidad objetiva. Sin pretender agotar la polémica, creemos que, desde el punto de vista dogmático, este segundo parecer es de recibo y le asiste la razón.

En primer lugar, debe señalarse que cuando el legislador, de manera clara e inobjetable, pretende sancionar los casos de violencia moral (amenaza) no duda en consignarlo expresamente[9], basta para ello con comprobar los diversos y distintos tipos de la parte especial; de tal manera que si solo se alude a la violencia se debe interpretar esta expresión como referida a la utilización de fuerza física. Para sostener esta tesis, se acude a una interpretación sistemática de los preceptos de la parte especial.

Se plantea, además, que no sería extraño que el legislador haya decidido castigar solo la fuerza física y no la violencia psicológica, pues en la jurisprudencia resulta inocultable que la inmensa mayoría de casos se vincula al empleo de la violencia material, mientras que las hipótesis de amenaza ocupan un lugar secundario o carecen de relevancia, siendo nulos o escasos los supuestos que los recogen.

La violencia que se despliega sobre o contra la mujer debe estar en condiciones de crear un peligro idóneo para causar el aborto; se exige aquí también la prueba de la relación de causalidad[10] y la imputación objetiva. La utilización del término *ocasiona* (el aborto) en vez de *causar* (el aborto) no puede justificar el prescindir de la exigencia de la relación de causalidad o la imputación objetiva[11]. No basta con acreditar que se ha ejercido violencia o alguna forma de fuerza física, pues si así fuera el Código Penal habría establecido en el artículo 118° un rezago y

[9] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 147.

[10] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 104; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 179.

[11] En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 296.

una forma subrepticia de responsabilidad objetiva en donde sin, conexión alguna y exigencia adicional, bastaría comprobar la existencia de la violencia y la posterior interrupción del embarazo.

El hecho que se trate de un delito calificado por el resultado y se quebrante el principio de responsabilidad subjetiva, no implica que se prescinda automáticamente de la debida demostración de la imputación objetiva, que siempre se manifiesta en los delitos de tipicidad compleja. La exigencia de prueba de la relación de causalidad y de la relación de riesgo en el artículo 118° posterga a un segundo plano la discusión planteada en la doctrina nacional, respecto a si es conveniente que se abarque por la violencia los casos de lesiones graves[12] o si debe recurrirse en esta hipótesis a un concurso ideal de delitos[13].

La ley cuando emplea el giro *violencia* exige solo tres requisitos: a) el empleo de la fuerza física; b) que la fuerza se utilice contra la mujer y no contra el concebido[14], y c) que dicha fuerza sea idónea para provocar la interrupción del embarazo. No se señala que no sea obligatoria dicha interpretación, que la violencia constituya un delito de lesiones corporales o un delito contra la libertad corporal (coacciones); pero puede tratarse de una falta, por ejemplo, de malos tratos.

Resulta incorrecto sugerir una interpretación restrictiva como si la violencia solo se refiriera a un delito contra la integridad corporal y en especial se vinculara a las lesiones graves.

Pese a ello, si bien la interpretación del término *violencia* debe efectuarse sin limitación o condicionamiento legal alguno, no se puede dejar de reconocer que, en orden a la provocación del aborto, la probabilidad del resultado aumentará mientras más grave e intensa sea la afectación a la integridad corporal.

---

12 Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 168, p. 67.

13 Así, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 293.

14 Enfatiza este requisito, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 104.

Si bien la violencia abarca tanto la realización de actos delictivos o de faltas, y la descripción del artículo 118° corresponde a la formulación de un delito calificado por el resultado, creemos que cuando el empleo de la violencia (fuerza física) determine la producción del aborto, dicha violencia –independientemente de su gravedad– será absorbida por el artículo 118° del Código Penal, no pudiéndose hablar aquí de un concurso ideal de delitos. Esta calificación sería posible, además de lógica y oportuna, siempre que no existiera una disposición como la que se comenta.

La referencia legal a la violencia debe ser interpretada en el aspecto subjetivo como vinculada necesariamente al comportamiento *doloso* o *intencional* del sujeto[15]. Aunque debe advertirse aquí que una cosa es el hecho que la violencia sea querida y otra muy distinta que el aborto sea buscado por intermedio de la violencia. Este último supuesto se encuentra expresamente excluido del ámbito del artículo 118° del Código Penal. De esta forma, si la violencia es causada en virtud de un comportamiento imprudente del sujeto, a pesar de su gravedad, relevancia e idoneidad en la producción del aborto, no cumplirá con la exigencia de la tipicidad objetiva[16]. Ello sucede, por ejemplo, cuando el que conduce un automóvil de manera temeraria e imprudente, produce un accidente que termina causando lesiones en la mujer y posteriormente el aborto[17].

Cuando el artículo 118° del Código Penal alude a la violencia, no deja en claro si se refiere a toda clase de violencia, independientemente de su relevancia o trascendencia jurídica, o si se refiere únicamente a la violencia antijurídica. El supuesto problemático cobra importancia cuando la mujer consiente el empleo de la violencia o la grave amenaza, por ejemplo, en la realización de una conducta sadomasoquista. La pre-

---

[15] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 157; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90.

[16] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 174.

[17] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 147.

gunta que queda pendiente de respuesta es si el consentimiento de la mujer puede convertir en atípico el comportamiento, o en su defecto, mantiene intacta la relevancia penal de la conducta.

Una opinión puede considerar que la aplicación del artículo 118° está supeditada al hecho de que la violencia sea antijurídica o contraria a derecho; de tal manera que si la violencia está autorizada (consentida) o se encuentra dentro de los alcances de una causa de justificación, no será posible plantear la aplicación del aborto preterintencional. Sin embargo, creemos que el correcto examen de la figura debe reparar –más que en la naturaleza antijurídica del comportamiento (violencia)– en el sentido del precepto que no es tanto castigar el empleo de la violencia, en sí misma valorada, sino la violencia que desencadena la **muerte** del concebido.

Si la violencia ha sido consentida o no, o si se halla amparada por una causa de justificación (v. gr. legítima defensa), no interesa. La razón que funda el castigo de la figura que comentamos no es tanto el empleo ilícito de la violencia, sino la producción de la muerte del concebido, siendo notorio o constándole al autor la existencia del embarazo. A ello abona en principio la ubicación sistemática del precepto (aborto) y la misma referencia a la violencia que no supone que se trate de una violencia antijurídica, ni tampoco implica que se haya cometido un delito. En todo caso, el hecho que la violencia se encuentre autorizada por la mujer o se ampare en una causa de justificación podrá determinar la impunidad de esta o de su resultado que le afecte, v. gr., lesiones, pero dejará intacta la calificación del aborto (artículo 118°).

La posible licitud, por mediar una causa de justificación, del comportamiento violento que recae sobre la mujer no implica automáticamente que dicha licitud se traslade a la afectación de la vida del concebido, al ser el bien jurídico tutelado, en el delito de aborto un objeto de protección completamente distinto al delito lesiones. El consentimiento que presta la madre para que se dañe la integridad corporal o se afecte su libertad, no se extiende a la realización del aborto. En este último caso la ilicitud se mantiene intacta.

No creemos que el consentimiento prestado por la mujer para que se ejerza la violencia tenga relevancia en la medición de la pena[18], dado que un planteamiento de esta clase olvida que en el delito de aborto el bien jurídico protegido es la vida del concebido, y no la autonomía ni la libertad de la madre. Lo contrario supone vincular y supeditar la graduación del castigo del aborto (artículo 118°) a la voluntad de la madre y a su autorización para el empleo de la violencia.

La provocación de la interrupción del embarazo (muerte del concebido) por causa de la violencia puede llevarse a cabo tanto dentro del vientre materno como fuera de él. Lo único relevante aquí es que se demuestre la eficacia y aptitud causal de la violencia en la provocación del aborto, independientemente de las circunstancias en las que el feto muera; las cuales no desempeñan ni cumplen un rol nuclear al momento de fijar la tipicidad de la conducta.

b. El no haber tenido el propósito de causar el aborto, siendo notorio o constándole el embarazo

b.1. ¿El artículo 118° es un delito culposo o un delito preterintencional?

La particularidad del artículo 118° permite distinguirlo de otras formas de aborto (v. gr. aborto no consentido), que también pueden ser cometidos por el empleo de medios violentos, es que si bien el autor tiene la intención y es consciente del uso de la violencia y sabe que la mujer está embarazada, o dicha situación es notoria, no tiene el propósito de causar la interrupción del embarazo. La diferencia de esta forma de aborto y las demás reside en el aspecto subjetivo[19].

El autor debe ejercer la violencia (fuerza física) sobre la mujer embarazada, hecho que es plenamente intencional o doloso. Se descartan aquí los casos de violencia imprudente o no intencional. Pese a la aplicación de la fuerza física, el sujeto no debe tener el propósito de querer provocar el aborto, pues si esto es lo que desea estará realizan-

---

[18] En contra, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 180.

[19] Cfr. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 177.

do otra figura penal como puede ser el aborto consentido (artículo 115°) o el aborto no consentido (artículo 116°), que también pueden cometerse a través de la aplicación de medios violentos.

La diferencia esencial que separa a las distintas modalidades de aborto y la disposición que se comenta no reside tanto en el plano de la tipicidad objetiva, dado que estamos frente a una misma relación de causalidad e imputación objetiva entre el empleo de la violencia y la interrupción del embarazo, sino en el plano subjetivo: el autor emplea la violencia conscientemente pero no busca causar la interrupción del embarazo.

En la doctrina comparada y nacional se discute cuál es la naturaleza de esta disposición. Para un sector doctrinal estaríamos frente a un aborto culposo[20], en la medida que el resultado (muerte del concebido) es la consecuencia de haber empleado la violencia sin querer alcanzar la interrupción del embarazo. La violencia representaría la infracción a un deber de cuidado que determina la producción del aborto.

Para otro sector, que constituye la doctrina mayoritaria, nos encontramos aquí ante un caso típico de delito calificado por el resultado[21] o delito preterintencional[22], caracterizado por el hecho que a un comportamiento inicial (violencia) se le asocia un marco penal más elevado en virtud de la producción de un resultado más grave (muerte del concebido).

Creemos que a este último planteamiento le asiste la razón, pues el legislador aplica una pena más grave en el supuesto que se cause un

---

[20] Así, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 147.

[21] De esta manera, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, p. 171; CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., p. 52; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 78.

[22] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 67; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 291. En la ciencia penal Argentina, vide NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 176; SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 103; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 173.

resultado (muerte del concebido) como consecuencia de un comportamiento inicial (violencia). Si se considerara a la figura penal contenida en el artículo 118° como ejemplo de un delito culposo, se llegaría al absurdo de plantear que la misma sanción que se impone al homicidio culposo básico (artículo 111), cuya pena máxima es de dos años de privación de libertad, es la misma que se impone al «aborto culposo» regulado en el artículo 118°, situación que, de ser cierta, sería signo innegable de una perversión valorativa en el marco de la proporcionalidad abstracta. Un homicidio culposo sería sancionado con la misma penalidad que un aborto culposo[23].

b.2. Constancia del embarazo

El no querer causar el aborto no impide necesariamente que el sujeto pueda conocer que la mujer se encuentra en estado de gestación. A esta hipótesis se refiere la ley cuando alude de manera clara al hecho que al autor le **conste el embarazo**. El constar implica conocer o saber de algo, en este caso que exista un proceso de gestación, a pesar que no sea notorio. Dicho conocimiento puede ser obtenido por el autor de diversas fuentes: de la propia víctima, de su pareja, de un médico, de un familiar o de un tercero, etc.[24].

El conocimiento del embarazo por parte del autor no requiere un conocimiento exhaustivo respecto al tiempo que tiene la mujer de embarazada[25], los detalles o motivos del embarazo, entre otros datos. La ley solo exige el conocimiento de este, sin que sea necesario añadir un dato adicional. Asimismo, el hecho que al autor le conste el embarazo no se supedita a la circunstancia que la mujer conozca de su propio estado de gestación. Es posible que la mujer ignore su estado de gravidez, pero dicha situación sea conocida por el sujeto que emplea la violencia. Este caso también se subsume dentro de los alcances del artículo 118°.

---

[23] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 104; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 173.

[24] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 292.

[25] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 167, p. 67.

El conocimiento del embarazo que tiene el autor no supone que al realizar la conducta violenta, descrita en la ley, quiera producir automáticamente el aborto a la víctima, pues una cosa es saber del estado de gravidez de la mujer y otra, muy distinta, es que se quiera matar al concebido empleando violencia, pese existir dicho conocimiento. Puede que en este caso el autor crea como remota la interrupción del embarazo, simplemente confíe que no se producirá o que habiéndole constado crea que el feto se encuentra muerto, que la mujer se ha practicado un aborto o que la conducta realizada no crea ningún peligro de interrupción del embarazo.

Si bien la referencia legal se vincula a primera vista a la descripción usual de la *culpa consciente*, dado que quien conoce el embarazo, o le consta, está en condiciones de saber fácilmente que si emplea violencia es posible que cause un aborto, puede también admitirse aquí, sin ningún tipo de inconveniente, la hipótesis de *culpa inconsciente* cuando, por ejemplo, el autor no representa peligro de causar el aborto al emplear la violencia pese a conocer estado de gestación[26].

b.3. La notoriedad del embarazo

La ley regula junto al hecho que al autor le puede constar el embarazo de la mujer, en caso que sea notorio. La notoriedad no significa que el embarazo sea conocido por todos, o por un número indeterminado de personas, sino que por el desarrollo del proceso de gestación sea perceptible que la mujer se encuentre embarazada. En una palabra que sea manifiesto o evidente[27]. La notoriedad más que aludir a la posibilidad de detectar el embarazo mediante instrumentos técnicos, o de saber quién es el padre, lo único que alude es la posibilidad que cualquier persona sea capaz de notar el estado de gravidez por intermedio de los sentidos, aunque no necesariamente empleando la vista.

---

[26] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 49.

[27] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 104.

Desde el punto de vista lógico, está claro que la notoriedad implica que el autor, al momento de emplear la violencia, no se ha percatado del estado de gravidez de la mujer, cuando cualquier otra persona pudo darse cuenta[28]. De otro modo la conducta del autor, al conocer dicho estado, caería dentro de los alcances de la expresión «*constarle el embarazo*», careciendo de todo sentido la referencia legal a la notoriedad. Si lo dicho tiene un indudable sustento lógico, no es descabellado afirmar que cuando el autor emplea la violencia pese a ser notorio el embarazo, pero que a él no le consta, estamos dentro de los alcances de la **culpa inconsciente**.

No se nos puede objetar argumentando que el autor puede desconocer el embarazo y a la vez querer causar el aborto o considerarlo como probable, dado que dicho aserto constituye un absurdo: es imposible querer interrumpir el embarazo sin conocer previamente la existencia del mismo.

Cabe destacar que si al autor pese a ejercer violencia no le consta el embarazo, o el mismo no ser notorio, no será posible castigarlo por la figura penal en estudio, dado que no se ha cumplido con los presupuestos típicos regulados en la ley. Tampoco sería posible castigarlo por aborto consentido (artículo 115°) o aborto no consentido (artículo 116°), dado que el autor no conoce el estado de gestación de la mujer y, lógicamente, no puede querer causar un aborto. La única salida posible en vista que no se ha criminalizado el aborto culposo en nuestra legislación sería castigarle por el delito de lesiones[29] o coacciones, en caso se haya configurado cualquiera de estas hipótesis, o por la falta de malos tratos.

b.4. La interpretación del término «sin propósito»

La utilización del adverbio «**sin propósito** de causar el embarazo» trae consigo la problemática de saber si dicha formulación del tipo,

---

[28] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 292. En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90, al considerar que es necesario que el autor tenga conocimiento del embarazo, bien por ser notorio o porque le conste.

[29] De esta forma, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 293, quien plantea el castigo a título de «lesiones intencionales».

si bien excluye la modalidad de dolo directo, permite la inclusión del dolo eventual, junto a la posibilidad de admitir la culpa. Basta pensar en el caso en el que el autor al emplear la violencia contra la mujer considera seriamente el peligro, y se conforma con ello, de causar el aborto. Dicho planteamiento no es descabellado, en la medida que en estricta dogmática la referencia legal al «sin propósito», lo único que hace es negar la posibilidad de dolo directo, mas deja abierta la admisibilidad del dolo eventual y de la culpa consciente e inconsciente. Incluso, en el Derecho comparado no faltan autores que así lo reconozcan[30]. Creemos que la redacción legislativa del precepto en comentario solo se refiere a la producción culposa del aborto y deja afuera cualquier consideración al dolo eventual, que de concurrir podría dar lugar a un aborto consentido (artículo 115°) o a un aborto no consentido (artículo 116°).

Basamos nuestra conclusión en el hecho que la ley cuando ha efectuado la referencia a *embarazo notorio* –en contraposición a la expresión *constándole su embarazo*– solo ha querido comprender los casos de culpa inconsciente pues, como se ha dicho, lo notorio tiene sentido cuando al sujeto no le ha constado el embarazo, ya que de otro modo una de las expresiones utilizadas por la ley estaría por demás y su existencia sería superflua. Si ambas aluden a lo mismo y en ambos casos el sujeto conoce o le consta el embarazo, la ley sería redundante y por tanto estaría errada. Pero aquí es oportuno preguntar si una consideración como la reseñada hace inviable que en una misma descripción típica puedan coexistir el dolo eventual y las formas de culpa: consciente e inconsciente. En tal sentido, las dos modalidades comisivas aludirían a formas imprudentes de comportamiento.

La última razón para rechazar la posibilidad de que en el artículo 118° se recojan, de manera indistinta, casos tanto de dolo eventual como de culpa, proviene de la vigencia del principio de proporcionalidad de

[30] Así, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 178, al sostener –comentando el artículo 87º del CP argentino, semejante en líneas generales a nuestro artículo 118º– que lo único que se descarta es el dolo de *propósito*. Luego señala que: «Se trata, en realidad, de un aborto imputable a todo título que no sea el de culpa o de dolo directo». También, ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 174.

los delitos y de las penas que impide –como sería el caso del artículo 118°– que a distintas formas de imputación o responsabilidad subjetiva –el dolo y la culpa lo son– que tienen una diferente estructura normativa, se le imponga la misma pena. Sería contrario a elementales principios valorativos que se reúna en una misma descripción típica –y lo que es peor se imponga una misma sanción– a hechos que tiene un distinto enjuiciamiento y valoración tanto social como jurídica[31].

b.5. La necesidad de una reforma legislativa

La utilización por parte de la ley de las expresiones respecto al *embarazo notorio* o *constándole el embarazo* refleja un casuismo trasnochado y poco útil que aporta escasa claridad en la delimitación del sentido típico y normativo. La interpretación y el alcance de la ley no se verían, en realidad, alterados si el legislador hubiese decidido suprimir ambos términos que representan giros idiomáticos propios del casuismo decimonónico y que, más que proveer nitidez idiomática, son fuente de confusión y entrampamiento innecesario.

Tal vez si se produce en el futuro un proceso de reforma legislativa y se decide mantener los delitos calificados por el resultado –hecho que contravendría los postulados y exigencias derivadas del principio de responsabilidad subjetiva– la modificación legal que se podría imponer exigiría que en dichos delitos el resultado sea causado a título de imprudencia grave, desapareciendo, como hemos propuesto, las alusiones al embarazo notorio o al conocimiento del mismo.

Queda claro –y la misma ley se encarga de señalarlo– que no todo conocimiento del estado de gravidez de la mujer supone la comisión del delito de aborto si es que se interrumpe el proceso de gestación en virtud del empleo de la violencia. Ello es válido, incluso, cuando entre el autor y la víctima media estrechas relaciones comunitarias, v. gr. el autor es padre del concebido, o es pareja actual de la mujer (esposo o conviviente). En estos casos el empleo de la violencia no puede determinar a secas la calificación de los hechos como aborto no consentido o su incorporación dentro de la tipicidad del artículo 118°.

---

[31] Al respecto, CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 491 y ss.

Lo mismo sucede cuando, por ejemplo, el autor en una pelea, riña o discusión con la mujer le propina golpes o patadas en la zona del estómago[32] o le aplica un puntapié en los órganos genitales o a nivel del bajo vientre causándole una hemorragia y la automática interrupción del embarazo[33]. La dirección del golpe solo puede servir como un indicio a la hora de determinar la tipicidad del comportamiento y la respectiva calificación jurídica; y no debe emplearse como un argumento contundente que prueba de modo irrefutable el dolo del agente.

Como se ha señalado, el artículo 118° del Código Penal regula un caso de aborto preterintencional y no un aborto culposo. Debe quedar establecido que en nuestra legislación no se sanciona el aborto culposo, por más grave que sea la culpa de la mujer embarazada o de un tercero. En ese sentido, resulta absolutamente impune los actos practicados de manera negligente y temeraria por la mujer que le hacen perder el fruto de la concepción. Asimismo, una grave infracción a un deber objetivo de cuidado en el que incurre un tercero (v. gr. médico) no determina tampoco la comisión de un delito contra la vida prenatal. Ello no obsta, empero, a que se pueda calificar el comportamiento a título de lesiones culposas siempre y cuando la mujer haya visto menoscabada su salud e integridad corporal a causa de las maniobras imprudentes del tercero[34].

Entre las diversas razones que se esgrimen en contra de la criminalización del aborto culposo, se citan aquellas que tienen que ver con un excesivo control y una reglamentación de todo el modo de

---

[32] Así, por ejemplo, lo reconoció la ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima que recayó en el expediente Nº 7816-97, cuando declaró que «constituye aborto preterintencional el hecho de haber las procesadas agredido físicamente a la agraviada, siendo evidente el estado de embarazo de esta, profiriéndole golpes de puño y patadas en la zona del estómago y vientre, ocasionando la pérdida del producto de la concepción» (Vide ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, *Código Penal. 10 años de jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 200)

[33] En contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 294, quien entiende que este caso debe tipificarse como aborto no consentido.

[34] Similar en la doctrina argentina, SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 96.

vida de la mujer y su entorno social dentro del embarazo, sobre los que pendería una insoportable amenaza de pena[35].

III. TENTATIVA

Desde el momento que se trata de un delito calificado por el resultado, cuya agravación se comete a título de imprudencia (aborto), no es posible sustentar aquí la calificación de tentativa punible. Ello se debe, tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria, que en los delitos imprudentes no es concebible la punición de la tentativa[36], en la medida que no hay una decisión ni voluntad de consumación.

El hecho que se cometa la violencia, o se empiece a ejecutar, podrá determinar la aparición de una tentativa de lesiones dolosas, pero cuya calificación y juzgamiento será independientemente y estará al margen de la aplicación del artículo 118°, a pesar que se cause el aborto. En tales casos no existirá tentativa en el aborto preterintencional.

Desde que se parte de la consideración normativa que la referencia a la violencia excluye la grave amenaza o la violencia moral, creemos que si se intimida a la mujer embarazada con causarle daños o lesiones y como consecuencia de ello sufre un *shock* psíquico que le termina provocando un aborto, dicha amenaza, en la medida que es el ofrecimiento de un mal futuro, no constituye tentativa de la violencia en el sentido de fuerza física, sino un simple acto preparatorio impune.

[35] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», cit., p. 172.

[36] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 91.

CAPÍTULO XXI
ABORTO NO PUNIBLE POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA

Artículo 119°.-

«No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente».

I. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUNIDAD

1. Indicación terapéutica y otras indicaciones que determinan la impunidad

Hasta no hace mucho tiempo continuaba, a nivel del Derecho comparado, una encendida polémica para determinar el fundamento de la impunidad en el caso del aborto no punible por indicación terapéutica, discusión a la que tradicionalmente se sumaban los casos de la indicación eugenésica y ética. Sin embargo, por razones *de lege lata* y en atención a nuestro derecho positivo, que disiente de las legislaciones penales más avanzadas de nuestra órbita cultural, debemos restringir nuestro análisis al estudio de la naturaleza jurídica y fundamento de la indicación terapéutica.

2. Estado de necesidad e indicación terapéutica

La doctrina penal peruana que se ha pronunciado sobre el tema a la luz de la vigencia del CódigoPenal de 1924 se esforzó en señalar las

diferencias existentes entre los requisitos del estado de necesidad, como causa general de justificación, y el caso del aborto terapéutico cuya regulación y zona de aplicación respecto al primero es más amplia y extensa. Así, por ejemplo, mientras el estado de necesidad beneficia a la persona que tiene el riesgo sobre sus bienes, el aborto terapéutico se refiere al extraño que no padece materialmente dicha situación de riesgo, v. gr. el médico. En segundo lugar, se señaló que mientras en el estado de necesidad se alude a un peligro *inminente*, en el aborto terapéutico basta que a juicio del médico exista un riesgo, no necesariamente inminente. En tercer lugar, en el estado de necesidad cualquier persona podría conjugar el peligro, mientras en esta modalidad de aborto solo el médico. Por último, en el estado de necesidad no se presta relevancia al consentimiento prestado por la mujer embarazada, mientras que en el aborto terapéutico sí[1].

Cabe resaltar que la causa de justificación regulada en el artículo 119° del Código Penal no impone las mismas exigencias y requisitos que el estado de necesidad justificante, ya que de ser así se trataría de una regulación ociosa e innecesaria[2], constituyendo un ejemplo de técnica legislativa defectuosa e inútil, dado que para su aplicación y vigencia bastaría remitirse a las reglas del estado de necesidad recogidas en la parte general (artículo 20° inciso 4). Dicha afirmación no debe llevar a pensar que se trata de una causa de justificación cuyos requisitos y marco operativo son más flexibles, pues si bien no se exige la existencia de un peligro inminente, se agregan otros requisitos como la necesidad que la intervención sea realizada por un médico y que exista el consentimiento de la mujer[3].

El aborto terapéutico tiene sus propias exigencias respecto a la causa de justificación del estado de necesidad, a pesar de compartir

[1] Ampliamente, BRAMONT ARIAS, *El delito de aborto en el Código Penal peruano*, cit., p. 173; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, pp. 278 y ss. En el Derecho argentino, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 71; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 158.

[2] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 235, p. 97; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 216; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92.

[3] Cfr. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. III, p. 105.

una estructura y fondo común como es la existencia de una situación de necesidad y de apremio para bienes de carácter personal. Se funda en un conflicto y ponderación de intereses que no deben ser solo resueltos desde un punto de vista objetivo en función del *interés preponderante*, sino que aquí cobra un valor especialísimo el consentimiento prestado por la mujer, el cual debe respetarse en todo momento, aun cuando implique la pérdida de su vida o un grave daño a su salud. De faltar el consentimiento de la mujer se debe entender que prevalecen los intereses contrarios a la interrupción del embarazo, lo cual determina la desaparición de la base de la justificación penal, ya que el mal causado pasaría a ser mayor que el evitado[4].

Queda claro, entonces, que en el aborto terapéutico no solo se refleja un conflicto de intereses: la vida o salud de la madre y la vida del concebido y una nítida solución a favor del interés preponderante (vida o salud de la mujer gestante), sino que se promueve el respeto a otro interés y valor jurídico de suma trascendencia: el consentimiento. Tal es la magnitud e importancia de este requisito que aun obrando a favor de la conservación de la vida e integridad corporal de la madre a través de la interrupción del aborto, la responsabilidad penal subsiste claramente si es que no se respeta la voluntad de la madre o no se obra según su consentimiento, al menos presunto.

3. Fundamento de la impunidad de la indicación terapéutica

Por su parte, la ciencia penal comparada, de manera abiertamente mayoritaria está de acuerdo en señalar que la indicación terapéutica, o indicación *médica*, constituye una *causa de justificación* en la medida que extiende una autorización o un permiso jurídico para todo aquel que realiza una interrupción de embarazo[5]. La referencia legal «no es puni-

[4] Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 243.

[5] Cfr. ESER, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: Evolución y primeras experiencias», cit., p. 152; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 313; LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/42, p. 300; VIVES ANTÓN, Tomás, «Sobre la responsabilidad del médico en los supuestos de aborto consentido», en *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 222; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90; CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 71.

ble» no debe entenderse de manera literal como si fuera un tácito reconocimiento a una excusa absolutoria o a una causa de levantamiento de pena, sino se trata de una causa de justificación sobre la base de una interpretación teleológica que repara en la finalidad y el sentido del precepto. La concurrencia en la interrupción del embarazo de la indicación terapéutica determina que el comportamiento no sea antijurídico[6].

Las principales consecuencias que trae el estimar a la indicación terapéutica como una causa de justificación son: a) decretar la impunidad no solo de los autores sino también de los partícipes[7], v. gr. se aplica a la madre, al facultativo[8] y demás personas que intervienen en el aborto (prestan dinero, indican el centro médico, el profesional, refuerzan la decisión etc.), pues no se trata de un ilícito, sino de un hecho permitido que beneficia a todos los que intervienen en él; b) como todo acto permitido, la interrupción del embarazo impide que se pueda fijar alguna forma de responsabilidad civil, pues si hay un daño (muerte del concebido) este es lícito; c) la consideración de un acto como lícito o permitido no solo impide la imposición de una pena, sino también de una medida de seguridad o cualquier otra forma de intervención jurídico-penal y b) la exclusión de cualquier causa de justificación (v. gr. legítima defensa) para neutralizar el peligro que surja de la interrupción del embarazo legalmente permitido.

El aborto terapéutico constituye la manifestación de una **eximente específica** y no representa una eximente genérica[9]. Sin embargo, ello no impide que puedan operar otras causas de justificación si sus requisitos no llegaran a cumplirse[10], v. gr. estado de necesidad o ejercicio legítimo de un oficio o profesión[11]; o como si la

[6] En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93, quienes consideran que el aborto sigue siendo típico, antijurídico y culpable.

[7] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 194.

[8] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 313.

[9] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92.

[10] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 71.

[11] Cfr. Luzón Peña, Diego-Manuel, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», en *Estudios penales*, p. 330.

regulación específica del aborto terapeutico cerrara la posibilidad de recurrir a otras cláusulas permisivas[12]. No existe obstáculo que impida aplicar otras causas de justificación genéricas, siempre, claro está, que concurran sus requisitos. El artículo 120° no restringe el ámbito de las eximentes sino más bien busca ampliarlo a otros supuestos específicos[13].

A pesar que nos encontramos ante una causa de justificación específica, no existe inconveniente alguno para aplicar una eximente incompleta. Para rechazar esta afirmación, no es razón suficiente sostener que las eximentes incompletas del artículo 21° del Código Penal solo se refieren, tal como expresamente se señala, a las contenidas en el artículo 20° del mismo código, en la medida que a lo largo de este se encuentran diversas causas de justificación, o eximentes de responsabilidad penal, que al tener la misma naturaleza dogmática no poseer fundamentos para aplicar en unas, y no en otras, el mismo beneficio atenuatorio. De no ser así, se infringiría el principio por el cual *donde hay la misma razón hay el mismo tratamiento*. Incluso, si ello no fuera suficiente no se puede negar aquí la posibilidad de aplicar la analogía *in bonam partem*[14].

II. REQUISITOS

Los requisitos que por mandato de ley se deben cumplir en el aborto terapéutico son:

1. Una situación de necesidad

a. Delimitación

La primera pregunta que se formula en esta clase de aborto impune es si basta un conflicto de intereses o si es necesario una situa-

12 Cfr. LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, artículo 144º-146º/42, p. 300.

13 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 130; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 124.

14 Vide CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 175 y ss.

ción de necesidad. Creemos que la ley exige una situación de necesidad, hecho que queda patente cuando la norma condiciona la impunidad a que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente[15]. De esta forma, si el mal grave a su salud o si la salvación de la vida de la madre puede lograrse acudiendo a medios menos dañinos y perturbadores que la interrupción del embarazo, debe preferirse a estos, siendo inaplicable la eximente.

El aborto debe ser la *ultima ratio* y el mecanismo último que se tiene a la mano para conjurar el peligro de muerte o de daño grave a la salud[16]. Es indiferente el tiempo en el que la situación de necesidad aparece dentro del proceso de gestación, v. gr. dos, cinco o seis meses; la ley no ha establecido algún límite temporal[17]. Si bastara la colisión de intereses en la práctica, todo aborto sería impune ya que en la comisión de este delito siempre pugnan dos intereses contrapuestos: la autodeterminación de la madre a decidir si quiere o no aceptar la maternidad y el derecho a la vida del concebido.

b. Criterios

Uno de los problemas que reviste mayor trascendencia en el aborto por indicación terapéutica es saber cuándo la interrupción del embarazo es el único medio para salvar la vida o evitar un daño, grave y permanente a la salud. Dos opciones son las que se enfrentan. Una postura de naturaleza abstracta repara en los avances médicos, tecnológicos o de similar índole que de utilizarse en el caso concreto volverían innecesaria y prescindible la práctica del aborto. Más que reparar en la situación de necesidad y en las circunstancias que la rodean se enfatiza en preguntar si los avances científicos, el empleo de una nueva técnica médica eficaz, pero todavía desconocida para el profesional de la salud, hubiera bastado para salvar la vida o la integridad corporal sin necesidad de recurrir al aborto. En caso la respuesta sea afirmativa

[15] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 334.

[16] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 216.

[17] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 341.

se habrá cometido un delito de aborto; solo la respuesta negativa garantiza la impunidad.

De sostenerse este punto de vista, gran número de abortos pasarían a ser punibles, pues bastaría comprobar que una mejor técnica médica hubiera conjurado el riesgo para la vida o la salud para determinar la necesidad de castigo del hecho. Lo mismo sucedería si un médico altamente capacitado (v. gr. en el extranjero) hubiese evitado el aborto.

Otra posición, de naturaleza objetivo-concreta, considera que más importante que analizar los posibles adelantos científicos es determinar objetivamente si en el caso concreto y atendiendo las circunstancias y el complejo situacional, el aborto es la vía idónea para evitar un daño a la vida o a la salud[18]. Antes de analizar los hechos ajenos al marco situacional de la mujer, o al de la misma realidad social, se plantea como imprescindible precisar si en las condiciones de enjuiciamiento del médico era probable, desde un perspectiva *ex ante*, que la interrupción del embarazo fuera el único camino para impedir un daño a la salud o la muerte de la mujer.

Esta postura nos parece adecuada, dado que es la que más se adapta a nuestra sociedad y realidad de país subdesarrollado, puesto que en las concretas circunstancias sociales e individuales –y a las que el aborto no es ajeno– permite resolver adecuadamente el conflicto. Basta imaginarnos la situación de la mujer y del médico en el ande peruano, en las zonas rurales, en ambientes urbano marginales, etc.

Creemos que el legislador, más allá de aludir a que la interrupción del embarazo debe ser el *único medio* para conjurar el peligro que se cierne sobre la salud y la vida de la mujer embarazada, lo correcto hubiera sido hacer referencia a que el aborto debe ser el **medio adecuado y necesario** para evitar el daño a la vida y a la salud[19]. Pues, de esta

---

[18] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 342.

[19] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 351.

manera se permite justificar aquellas interrupciones del embarazo necesarias y adecuadas, pero que no son el único medio para salvarlos y que, por el contrario, encierran también una probabilidad de fracaso e incluso de peligro para la vida o la salud.

c. Bienes jurídicos comprometidos

La ley penal cuando construye la causa de justificación del aborto terapéutico, condiciona su aplicación a que los bienes frente a los que se sacrifica la vida del concebido sean la vida y la salud de la mujer gestante. Dicha descripción debe entenderse de manera cerrada y no de modo abierto o enunciativo. Si se quiere aplicar la eximente específica por indicación terapéutica no se debe reparar en cualquier bien o interés valioso de la mujer, v. gr. libertad, familia, honor etc., sino solo en dos bienes a los que de manera exclusiva la ley presta atención: la vida y la salud.

En dicha línea, si la interrupción del embarazo puede ser evitada sacrificando otros bienes jurídicos, v. gr. la libertad o el honor, se debe optar por esta vía antes que por la práctica del aborto. Esto sucede, por ejemplo, cuando la tendencia suicida de la mujer a causa del embarazo podría evitarse aislándola en un clínica mental, por ser un medio adecuado para evitar el suicidio. Aunque esta posición no deja de ser pacífica en la ciencia penal del Derecho penal comparado[20] en nuestra legislación es la única solución que se impone si es que se pretenden respetar los alcances del principio de legalidad que también rige en las causas de justificación específicas.

No obstante, queda abierta la posibilidad de aplicar el **estado de necesidad justificante** (artículo 20° inciso 4) –que se extiende también a la protección de la libertad u otro bien jurídico– si es que se cumplen con sus requisitos como, por ejemplo, que se trate de un peligro actual e insuperable de otro modo y el cual depende de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto, la intensidad del peligro que amenaza y del empleo de un medio adecuado para vencer el peligro.

[20] En contra, de manera expresa, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 135.

Otra posible salida sería plantear que la conservación y desarrollo del embarazo podría producir fatales consecuencias a la **salud psíquica** de la mujer, alterando radicalmente su equilibrio emocional o personal y sus relaciones con el mundo circundante[21]. No creemos que sea posible aplicar la analogía *in bonam partem* y extender el aborto terapéutico a los casos en los que el interés sacrificado sea la libertad, pues de haberlo querido abarcar y prever el legislador, lo hubiese hecho sin ninguna clase de problema. La única salida posible es recurrir a la figura del estado de necesidad justificante.

La ley peruana, a diferencia de algunas legislaciones del Derecho comparado, solo exige que el aborto sea el medio adecuado para salvar la vida o evitar un grave daño a la salud; y no alude en absoluto que la interrupción del embarazo debe conjurar un **grave peligro de daño** a la vida o a la salud. Sin embargo, esta exigencia debe entenderse implícita y se deriva de una interpretación teleológica del precepto cuyo fundamento es una situación de apremio y necesidad que tiene su razón de ser en un peligro o riesgo sobre cualquiera de los dos bienes jurídicos.

Sin la existencia de un peligro carecería de base la impunidad del aborto, pues no habría razón para practicarlo y no se entendería por qué el legislador ha dispuesto que sea el «*único medio para salvar la vida de la gestante o evitar un daño a su salud*».

d. Características del peligro

Dicho riesgo debe ser ***real***[22] y por lo general debe fundarse en uno o en varios exámenes que se le practica a la víctima; este riesgo normalmente queda documentado en la historia clínica del paciente o en el diagnóstico que establece el médico. No debe basarse en simples sospechas o presunciones arbitrarias como la débil constitución física de la mujer, v. gr. es muy delgada, o que se trata de una mujer nulípara o

---

[21] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 129.

[22] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 283.

que no acepta la práctica de la cesárea como opción de parto. Es indiferente si el riesgo para la vida o el grave daño a la salud proviene de una enfermedad adquirida o congénita, de las condiciones particulares de la víctima o de otra causa.

La eximente se construye basada en el peligro sobre dichos bienes jurídicos y no sobre una especial fuente de riesgo. Ello, a pesar que muchas veces su determinación explica de manera satisfactoria la clase y el grado de peligro al que la mujer se enfrenta. La ley penal prescinde, con razón, de referirse a una fuente concreta.

A diferencia del estado de necesidad no es necesario que el peligro sea **inminente**, o que el sufrimiento del mal sea inmediato[23]. Basta que exista un pronóstico científico de la existencia de un mal futuro que amenace la vida y la salud de manera grave y permanente cuyo riesgo sea creado o se aumente, a raíz de la existencia de un proceso de gestación y que para neutralizarlo se requiera de la interrupción del embarazo. Así, por ejemplo, un médico puede pronosticar y decidir la práctica del aborto a una paciente cardiaca, apenas comenzado el embarazo si infiere que la conservación del concebido en el vientre de la madre puede acarrearle consecuencias nocivas, ya sea a su vida o salud[24].

También en el aborto por indicación terapéutica son útiles los criterios básicos de la imputación objetiva. En este sentido, se entiende que estamos frente al riesgo permitido cuando el peligro para la vida o la integridad corporal de la mujer embarazada es el normal que se deriva de cualquier proceso de gestación[25]. No es posible alegar la existencia de este riesgo para fundar la autorización de una interrupción del embarazo.

Se exige, con razón, que el peligro sea sustancialmente muy superior al que se genera por el embarazo mismo y que, además, posea tal

---

[23] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 235, p. 96; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 283; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 216.

[24] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 283.

[25] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 128.

entidad y magnitud que el aborto lo pueda eliminar o disminuir[26]. En tal sentido, si la realización del aborto implica mayores peligros para la vida o para la salud de la madre, si supone un peligro mayor que el advenimiento del parto o si su adopción no comporta previsiblemente *ex ante* la desaparición o reducción del pronóstico desfavorable, el aborto no se encontrará autorizado[27] (permitido).

Debe también valorarse de manera integral la entidad del peligro, su proximidad y el periodo de gestación en el que se encuentra la embarazada. Muchas veces el peligro no es el mismo si la mujer se encuentra en las primeras semanas o si su estado de gestación se encuentra muy avanzado. No es necesario que el aborto elimine cualquier riesgo para la vida o la salud de la madre gestante, sino que basta que lo disminuya de manera significativa[28].

No se requiere que el peligro a la vida o a la salud de la mujer embarazada tenga su causa inmediata en el embarazo o en el desarrollo y avance del proceso de gestación. Es posible que tenga otra etiología como una enfermedad, v. gr. tuberculosis, meningitis, etc.[29]. Sin embargo, se exige que la interrupción del embarazo sea el medio adecuado –*único medio* en términos de la ley– para neutralizar y conjurar el peligro que se cierne para dichos bienes jurídicos, lo cual, en la mayoría de casos, implicará que el embarazo aumente el peligro o el grado de complicación, hecho que determinará la necesidad de practicar el aborto.

Por ello, es que se reclama una conexión y relación objetiva entre el peligro que amenaza la vida o la salud y la existencia del embarazo, situación que solo se puede resolver a través de la interrupción del embarazo. La ley correctamente no enuncia ni remite a otra norma las posibles causas del aborto terapéutico. Sin embargo, la experiencia acon-

---

[26] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 135.

[27] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 342.

[28] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 128.

[29] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 221.

seja tomar en cuenta las cardiopatías graves, las graves enfermedades al pulmón, hígado, riñón, tumores malignos etc.[30].

No solo exime el peligro que se cierne sobre la vida sino también el riesgo que amenaza la salud, en forma de un mal grave y permanente. El legislador peruano, de manera clara, quiere dar a entender que los únicos bienes que autorizan la práctica de un aborto terapéutico son la vida y la salud[31]. Y desde que la fórmula es cerrada y taxativa, no se acepta ningún otro. Si bien cuando se alude a la vida se sabe que debe existir un peligro de muerte –solo así se entiende la referencia a *salvar la vida*– cuando el legislador alude a la salud se requiere que el mal que la amenace sea grave y permanente. De ello se deduce que no basta cualquier clase de mal o que este pueda ser de carácter transitorio. El daño a la salud se refiere al aspecto biológico-fisiológico (integridad corporal) y a la salud psíquica. En esta última es posible que se puedan filtrar consideraciones de tipo social, v. gr. interrupción de una carrera universitaria o de un trabajo; o de índole económica, v. gr. empeoramiento de la situación de pobreza[32].

Es necesario que el mal, o el daño a la salud, revista determinadas características para la ley que sea de una determinada entidad, es decir **grave**; y, respecto al tiempo que dura, **permanente**. Incluso, la ley, desde el momento que utiliza la conjunción **y** exige ambas condiciones y no solo una. En este punto surge la interrogante de cuál debe ser la calificación jurídica en caso el mal sea grave pero no permanente; o a la inversa: que el mal sea permanente, pero no grave. Si bien la ley guarda silencio al respecto, creemos que puede aplicarse sin ninguna clase de inconveniente una eximente incompleta, es decir, se debe imponer una atenuación de la penalidad.

La gravedad del peligro se refiere al riesgo concreto que en un futuro más o menos próximo se produzca la muerte de la embarazada

[30] Vide MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 221.

[31] Similar en el derecho argentino, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 70.

[32] Al respecto, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 340.

o que su salud sufra un importante menoscabo[33]. La exigencia que el peligro sea grave comporta la exclusión de las simples molestias y los riesgos habituales vinculados al embarazo.

La doctrina penal patria ha venido entendiendo, sin mayor esfuerzo, el daño a la salud como si se exigiera una **lesión grave**[34], en el sentido de las modalidades típicas descritas en el artículo 121° del Código Penal como, por ejemplo, las que mutilan un órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para una función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente. También se incorporarían aquí las que infieran otro daño a la integridad corporal, o a la salud física y mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso.

Sin embargo, si se realiza una interpretación sistemática y teleológica fácilmente puede percatarse que si el aborto terapéutico exige una lesión grave y «*permanente*», quedarán excluidas las lesiones que solo supongan asistencia y descanso, aunque estas sean mayores a los treinta días. La razón reside en que esta clase de lesiones, por lo general, no son permanentes sino meramente transitorias; de tal manera que la interpretación que efectúa nuestra doctrina en este punto, debe matizarse.

El concepto de mal grave y permanente no solo debe comprender al daño físico o corporal, sino también la provocación de una disfuncionalidad psíquica o la producción de graves transtornos psiquiátricos[35] que se pueden crear o empeorar a raíz de la existencia de un embarazo, v. gr. deformaciones psicosomáticas de la personalidad,

---

[33] Ibídem, p. 342.

[34] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 234, p. 96.

[35] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 127; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 350; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 782; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 51; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 88; ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 283; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93.

desarrollos neurasténicos, depresiones endógenas y reactivas, toxicomanías, etc.[36]. Aquí podrían incluirse los casos en los que la mujer embarazada es una **menor de edad** (v. gr. menor de catorce años) y en el que la existencia del proceso de gestación puede desencadenar profundos disturbios anatómicos, pero sobretodo *psíquicos*, en su desarrollo inmediato, tanto en lo que se refiere al equilibrio de su personalidad como en sus contactos y relaciones con el mundo social[37].

También se plantea incorporar los embarazos de mujeres *mayores de cuarenta y cinco años* en la medida que el riesgo para su vida y salud es muy alto[38]. No ingresa a consideración como mal grave el simple debilitamiento orgánico o cualquier alteración de la salud que puede corregirse, ya sea por medios naturales o artificiales, en un tiempo relativamente breve[39].

El diagnóstico debe solo revestir las características de objetividad y seriedad. No es necesario que sea absolutamente confiable y seguro. Basta que se mida en términos de probabilidad[40], basándose en criterios científicos admisibles[41]. El error sobre el diagnóstico, es decir sobre la gravedad o seriedad del mal que amenaza a la vida o la salud de la mujer gestante; o el error vencible, en general, sobre los presupuestos de una causa de justificación, debe desplegar los mismos efectos que el error de tipo[42]; de tal manera que sus consecuencias serán eximentes de la responsabilidad penal y no solo

---

36 Vide LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 351.

37 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92.

38 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., pp. 135 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 350. Con reservas y restricciones, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 129; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 585; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 95.

39 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 71.

40 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 92; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 128.

41 Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 71.

42 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 343.

atenuatorias si es que se le considera, por ejemplo, como un error de prohibición.

Normalmente la necesidad de practicar el aborto deriva de una enfermedad o de un deterioro agudo de la salud, como, por ejemplo, la presencia de cardiopatías, edema pulmonar agudo, mal de Rasadow, diabetes, tuberculosis, leucemia, anemia profunda[43], cáncer uterino[44], etc.

La doctrina comparada establece como casos en los que procede la indicación terapéutica[45]: a) *medicina interna*: graves enfermedades al hígado, a los pulmones y riñones, con disminución funcional progresiva de dichos órganos; ciertas embolias y trombosis, enfermedades graves al corazón, diabetes grave, cáncer a la sangre, encefalitis; b) *cirugía*: tumores malignos, choque séptico, secuelas de un accidente con lesión de órganos de la pelvis menor, como el recto y la vejiga, lesiones al cráneo y al cerebro, que llevan un cambio en la personalidad o una pérdida duradera de la consciencia; c) *ginecología*: graves intoxicaciones durante el embarazo, graves enfermedades del hígado, riñones o páncreas, relacionadas al embarazo que llevan atrofia de dichos órganos; d) *otorrinolaringología*: tumores malignos, otosclerosis, tuberculosis de laringe; e) *enfermedades de la piel*: tumores malignos, *lupus erythematodes*, esclerodermia progresiva, dermatomiositis; f) *epilepsia grave*: lesiones traumáticas al cerebro, tumores cerebrales; g) *psiquiatría*: depresiones endógenas y reactivas con tendencia al suicidio, depresiones de agotamiento en situaciones crónicas de sobrecarga de la madre, toxicomanía.

2. Que el aborto sea practicado por un médico

La ley condiciona la aplicación de la causa de justificación referida a que la realización del aborto corra a cuenta de un médico[46]. No es

[43] Vide MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 191.

[44] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 82.

[45] Por todos, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 344.

[46] Cfr. FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, p. 82.

suficiente que intervenga un profesional sanitario como cualquiera de los enunciados en el artículo 117°, llámese un obstetra, farmacéutico, enfermera, etc. La norma, sin embargo, no exige que quien practica el aborto sea un especialista en la materia (obstetricia o ginecología). Basta que se trate de un médico materialmente capacitado para realizar la intervención de acuerdo con las normas de cuidado del arte médico[47].

El precepto impone un requisito formal que es la ostentación de un título profesional en medicina[48], ya sea en el país o en el extranjero, independientemente de la especialidad que se practique o formalmente se ostente[49]. No es necesaria la inscripción en el respectivo colegio médico. Intencionalmente se pasa por alto la experiencia, conocimientos o práctica que tenga una persona –profesional o no de la salud– en estos menesteres[50]. El médico es el principal beneficiado con esta exención de responsabilidad, por lo que debe asegurarse que se cumplan con todos y cada uno de los requisitos legales.

Está claro que quedan excluidos los bachilleres, estudiantes de medicina, los obstetras o los enfermeros o los estudiantes de una maestría en medicina que no cuenten con el título profesional[51].

La razón por la que solo se autoriza a los médicos a practicar la interrupción de un embarazo no se basa en un capricho y arbitrariedad del legislador, o a un prurito formalista, sino más bien a una pretensión de dejar en manos de los especialistas la determinación del *diagnóstico*, respecto a si es conveniente o no lleva a cabo un aborto, y/o la *ejecución* del mismo, manteniendo en todo momento la destreza y habilidad que brinda el manejo de conocimientos técnicos, evitando riesgos innecesarios –a los que de por sí ya existen– para la vida y la salud

[47] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 331.

[48] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 69; ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 158.

[49] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 344; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 218.

[50] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 70; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 230, p. 95.

[51] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 284.

de la madre gestante. La ley ha impuesto un mecanismo adicional de control y de garantía profesional que recae sobre el médico, en el sentido que todo aborto terapéutico debe desarrollarse conforme al procedimiento dispuesto por el especialista[52].

Se trata, así, de evitar los abortos clandestinos[53] y de poner un límite a la actividad y práctica de personas inescrupulosas que, bajo el pretexto de evitar un peligro a la vida y a la salud de la madre gestante, ven en la ejecución cotidiana y permanente de abortos un medio de vida; y en la angustia y necesidad ajena, un mecanismo para obtener beneficios y dividendos[54].

Tras el aparente rigor formal de la ley se esconde un loable objetivo político-criminal que va desde asegurar la seriedad y confianza en el diagnóstico del peligro que se cierne sobre la vida y la salud de la embarazada, hasta lograr erradicar los abortos clandestinos, que no solo alientan una floreciente industria abortiva sino que dejan como saldo luctuoso una creciente estadística de muerte en las mujeres que se someten a dichas prácticas; pasando, claro está, por la ejecución de la interrupción del embarazo respetando la *lex artis* y las condiciones de mínima higiene.

La ley exige que el aborto sea practicado por el médico. No basta que haya inducido o cooperado, con consejos o adiestramiento, o que haya ordenado su práctica[55]. Por lo menos, se debe exigir aquí un control y la dirección del hecho, aunque no necesariamente ha de coincidir con su ejecución material, como ocurre, por ejemplo, con el trabajo en equipo[56]. El médico puede practicar por sí solo o con terceros el aborto[57].

---

[52] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 330.

[53] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 230, p. 95.

[54] Cfr. ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 284.

[55] Cfr. CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., T. I, p. 70.

[56] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 331.

[57] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 345.

En los casos de trabajo en equipo debe tomarse en cuenta la capacitación de la persona que va a dirigir la intervención, el grado de formación profesional como si se tratara o no de embarazos de alto riesgo. No es necesario que el ejecutante, quien integra el equipo o el que realiza materialmente la acción abortiva, sea un médico u otro profesional de la salud[58].

Normalmente se requerirá la presencia física del médico que dirige, siempre que las circunstancias del caso así lo ameriten, v. gr. alto riesgo del embarazo, peligro de la salud de la mujer gestante, intervención de terceros sin conocimientos en medicina, como enfermeras o simples estudiantes. Sin embargo, en otros casos en donde el riesgo es mínimo, v .gr. cuatro semanas de embarazo, interviene un médico pasante o uno de los mejores alumnos de medicina, bastará con informar sobre los antecedentes del caso, las acciones y cuidados adicionales a tomar y facilitar su pronta ubicación en el supuesto que surgiera alguna eventual complicación[59].

El hecho que sea necesariamente un médico el que practique el aborto terapéutico no debe llevar a pensar que la razón por la que se justifique dicho comportamiento se debe a que lo realiza un especialista en la materia o un médico. También ellos pueden cometer abortos punibles, valiéndose del abuso de su ciencia y arte (artículo 117°). El núcleo de esta causa de justificación específica reside en la existencia de una situación de necesidad que reclama la ponderación de intereses y el respeto del consentimiento de la mujer.

Si se comprueba la situación de necesidad y la interrupción del embarazo es ejecutada por un tercero no médico, v. gr. otro profesional de la salud, un particular o la propia mujer; y al conocerse dicha circunstancia quedarán dos vías: a) o bien se puede aplicar una eximente incompleta sobre la base de la indicación terapéutica que determinaría una atenuación de la responsabilidad penal; o b) puede aplicarse el estado de necesidad justificante siempre que se cumplan con todos sus requisitos[60].

---

58 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 332.

59 Ibídem, p. 333.

60 En este último sentido, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 285.

A diferencia de la legislación anterior, que se inspiraba en el artículo 21° del Código Sanitario, el Código Penal vigente prescinde, de la exigencia del dictamen (opinión favorable) de dos médicos respecto a la necesidad del aborto terapéutico. Esta exigencia se basaba en el deseo de evitar abusos[61] y en la necesidad de asegurar la mayor objetividad, rigor y confianza posible en el diagnóstico que elaboraban dos especialistas (médicos) sobre el grave daño a la salud y cuyo único medio para conjurarlo era practicando el aborto[62]. Los dos médicos no deberían participar en el aborto, dado que este quedaba en manos de un tercero[63]. Actualmente se prescinde de esta exigencia, la razón que se encuentra en la impostergable necesidad de vincular las leyes penales a la realidad social que arroja como dato irrebatible la carencia de dos o más médicos en amplias zonas del territorio nacional[64].

Pasar por alto este dato sería desconocer la organización de la salud pública, olvidar la situación de las zonas urbano marginales, las carencias del ande y del medio rural. Al imponer esta formalidad burocrática –aunque no se puede negar la nobleza de su propósito– se estaría legislando solo para las grandes urbes y las ciudades de la costa ya que su real dimensión arrojaría la inutilidad de la norma, pues con dicha traba los abortos justificados por indicación terapéutica serían muy pocos, fomentándose en gran medida los abortos clandestinos.

La intervención del médico o del personal que actúa bajo su dirección debe ajustarse a la *lex artis*, debiendo respetar el deber objetivo de cuidado y los estándares profesionales tanto a la hora de efectuar el diagnóstico como a la de ejecutar la interrupción del embarazo[65].

[61] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 231, p. 95.

[62] Parcialmente en contra, ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., T. I, p. 285, quien siguiendo a Politoff señala que el fundamento de esta exigencia reside tanto en la certidumbre de la razón terapéutica y en la necesidad de proscribir el aborto clandestino.

[63] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 231, p. 95.

[64] En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 231, p. 95.

[65] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 330.

3. Que el consentimiento lo preste la mujer o su representante legal

Una de las características más notables que diferencia la causa de justificación de la indicación terapéutica del estado de necesidad es la exigencia que la mujer o su representante legal –cuando ella no pueda prestarlo válidamente– manifieste su voluntad de tolerar o aceptar la práctica del aborto. Como se señaló (*ut supra*) no basta que se verifique un aparente conflicto de intereses en el que deba prevalecer uno preponderante, sino que es necesario que la mujer apruebe la interrupción del embarazo. En virtud de la exigencia del requisito del consentimiento de la mujer es que se puede hablar de la existencia de un conflicto de intereses[66].

No se trata de resolver las situaciones conflictivas exclusivamente en función del bien jurídico que posee el mayor valor constitucional y social, sino más bien de respetar en todo momento la voluntad, autonomía y responsabilidad de la mujer para decidir si opta por salvar su vida, o evitar un grave daño a su salud, o si prefiere sacrificarse a favor de la vida del concebido.

Una vez comprobada la existencia de las indicaciones establecidas por ley, corresponde a la mujer en un acto personalísimo, decidir sobre la continuación o la interrupción del embarazo. La comprobación del requisito del sistema de indicaciones es solo un presupuesto de la justificación que se ve completada cuando media la voluntad de la mujer[67].

En el aborto terapéutico el ordenamiento jurídico no resuelve el conflicto de intereses, que siempre existe en todo aborto, sobre la base de la importancia del bien jurídico o a la inminencia, grado y repercusión del peligro, sino que toma en cuenta la voluntad y decisión de la madre. Si ella quiere continuar con el proceso de gestación, incluso a costa de su vida o del grave quebrantamiento de su

[66] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 335.

[67] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 335.

salud, el Derecho respeta y se encarga de hacer respetar dicha decisión, castigando el aborto que se lleve a cabo sin su consentimiento o contra su voluntad, a pesar que desde el punto de vista objetivo se haya logrado salvar su vida o evitar un grave daño a la salud. Se reconoce aquí a la madre el derecho a la maternidad como interés personalísimo[68]. La exigencia del consentimiento refleja el respeto a la dignidad de la persona humana y a la libertad de decisión de la mujer; esto no puede verse como un requisito inútil o que entorpece la labor del médico[69].

El aborto terapéutico es un claro ejemplo que el orden jurídico no solo resuelve los conflictos humanos y sociales a partir de criterios objetivos, respetando de modo inexorable la jerarquía de bienes recogidos en la Constitución o que dependan de las estimaciones sociales; muy por el contrario, en algunos concede preferencia a la voluntad de la persona (mujer embarazada) para que decida si desea continuar con su embarazo o si más bien quiere interrumpirlo en salvaguarda de su vida, su salud física o mental[70].

Si bien el Derecho no exige de sus ciudadanos conductas y hechos heroicos que cualquier ciudadano no haría en su lugar[71], en ocasiones permite que una persona, si así lo quiera, pueda sacrificarse con el propósito de salvaguardar otro bien jurídico: la vida del concebido.

El respeto a la voluntad y a la decisión de la mujer es una expresión de la honda relevancia que posee en sede penal el respeto a la dignidad de la persona humana. Resulta evidente que la decisión final para la resolución del conflicto objetivo entre la vida o salud de la gestante y la vida del feto se deje en manos de la madre –de allí que la ley obligue a respetar su voluntad (consentimiento)– quien es finalmente la que deci-

[68] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 241, p. 98.

[69] En contra, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 220.

[70] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 335.

[71] ROXIN, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 75.

de si se inclina a favor del interés preponderante, es decir, respeta su vida o la integridad corporal o se sacrifica por el concebido.

En caso no se respete el consentimiento de la madre –yendo en contra de su voluntad– o no se obtenga su aprobación para la realización del aborto terapéutico, las consecuencias jurídicas siempre serán las mismas: el castigo para quien lo practique, ello a pesar que exista claramente un interés jurídico preponderante (vida o salud de la madre) que cautelar. La calificación de la conducta del autor será a título de *aborto no consentido* con la circunstancia agravante que se ha cometido por un profesional sanitario. Dicha calificación también es válida cuando los médicos engañan a la mujer, ya sea por a iniciativa suya o de terceros, sobre su situación o estado clínico[72].

La ley solo exige el consentimiento de la mujer. Es irrelevante desde la perspectiva penal si hay o no consentimiento del padre del concebido o de la familia[73]. Los requisitos del consentimiento (*ut supra*)son los mismos que el aborto consentido y no consentido. La mujer debe ser consciente que no solo se trata de una intervención y disposición de su cuerpo, sino debe comprender que se está destruyendo la vida del feto[74]. Ha de tratarse de un consentimiento en el que la mujer, por lo menos, deba contar con una *capacidad natural de juicio*[75], cuestión importante, por ejemplo, para decidir los casos de una menor o una deficiente mental[76]. Dicho consentimiento debe ser expreso y ha de referirse a la concreta maniobra abortiva –no debe tratarse de una decisión pasada o futura–; siendo irrelevante si se manifiesta en forma oral o escrita. No debe haberse obtenido por engaño, violencia o amenaza[77]. Tampoco debe estar viciada por el error. Solo las personas con graves

---

72 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 218.

73 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 336, LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 335.

74 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 337.

75 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 337.

76 Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 337.

77 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 240, p. 98.

alteraciones de la consciencia o anomalía psíquica carecen de capacidad para consentir.

La eficacia y el valor jurídico del consentimiento depende muchas veces del grado de información que se le brinde a la madre, explicándole, por ejemplo, la gravedad de la enfermedad, la clase de dolencia que le aqueja y la necesidad de practicar el aborto para salvarle la vida o evitar un grave daño a su salud[78]. Se habla aquí del llamado *consentimiento informado* como deber del médico, que debe girar sobre los aspectos esenciales que rodean a la intervención y sus secuelas más importantes con el fin que la decisión y voluntad de la madre sea la adecuada[79].

Asimismo, se debe informar acerca de las posibles consecuencias de asumir una y otra decisión. Mientras mayor y más fidedigna sea la información que se le preste a la mujer gestante sobre el mal que le aqueja y los peligros que se ciernen para salud y vida en caso decida continuar con el embarazo, habrá mayor certeza que se ha prestando un consentimiento eficaz, constituyendo un valioso indicio que se han cumplido con los requisitos del aborto terapéutico.

Los únicos casos en los que no es necesario brindar información a la gestante son aquellos en los que ella ya se encuentra informada, v. gr. es una ginecóloga o recibió la información de otro médico; o porque sencillamente ha renunciado expresamente a recibir toda información detallada por cualquier motivo[80].

Si luego que la mujer ha consentido el aborto y este ha sido practicado por un médico, y se verifica que ella padecía una enfermedad o una disfunción orgánica-anatómica que le hubiese costado la vida o un grave daño a la salud de haber continuado con el proceso de gestación, existirá un aborto consentido punible a pesar que «objetivamente» se

---

[78] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 218; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 240, p. 98.

[79] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 335.

[80] Ibídem, p. 336.

ha salvado una vida o se ha evitado un daño a la salud, dado que la situación de necesidad era ignorada por el médico al momento de interrumpir el embarazo. Ha de recordarse aquí que también las causas de justificación exigen un elemento subjetivo de justificación.

La prueba que nos revela la comisión del delito puede derivarse del hecho que el aborto consentido sea practicado sin efectuar ningún examen, revisión o diagnóstico sobre la madre y que ella al momento de realizar las maniobras abortivas desconocía el mal que le aquejaba, o sobre todo, el peligro que se cernía sobre su vida o salud si es que no consentía el aborto.

Cabe preguntarse si el hecho de que el médico oculte o guarde información a la madre sobre el peligro que existe en caso continúe esta con el embarazo, es posible que se entienda como un vicio del consentimiento, en la medida que puede haberse incurrido en un engaño por omisión. Creemos que si bien el médico respecto a su paciente se encuentra en una posición de garantía, la respuesta última al problema planteado lo debe dar el análisis riguroso del contexto situacional que envuelve al hecho.

Por otro lado, en caso de que la mujer padezca una grave lesión luego de que el médico le informara que de continuar con el embarazo podía poner en riesgo su vida; incluso si no le señaló la posibilidad que también podía sufrir un grave daño a la salud, como efectivamente ha ocurrido; creemos –aunque el tema no sea pacífico– que no puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad penal del médico, pues este cumplió con informarle sobre la posibilidad que ocurriera el daño más grave y se puede entender que las lesiones aquí se encuentran fijadas de manera implícita. La advertencia del daño menor puede entenderse comprendida en la advertencia del mal mayor.

El consentimiento puede ser expreso o tácito[81] y es posible acreditarlo por cualquier medio, (no es necesario que sea oral o escri-

[81] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 159. En contra, LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 335, quien solo exige consentimiento *expreso* con el fin de evitar abusos, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte espe-*

to)[82]; también son admisibles los actos concluyentes, siempre, claro está, que puedan probarse. No es problema el hecho que quien lo presta sea una menor de edad que posea capacidad natural de juicio.

En estos casos se debe desterrar la idea de que si el aborto lo quiere realizar una menor de edad debe contar necesariamente con la aprobación del representante legal. Las reglas del consentimiento en materia penal son más flexibles que los requisitos fijados en el ámbito civil. El hecho de que en la historia clínica no obre el consentimiento, o si alguna norma interna del hospital exige alguna formalidad del mismo, su ausencia no puede determinar una responsabilidad penal. A lo sumo habrá una responsabilidad administrativa[83].

Se ha de enfatizar que el consejo del médico –o de cualquier otra persona– para que la mujer asuma una u otra decisión respecto a la conveniencia o no de someterse al aborto, no es causal de invalidez o ineficacia del consentimiento y no determina la punibilidad del médico. El consentimiento subsiste a pesar que el médico oriente o aconseje a la mujer que atraviesa por una situación de necesidad a favor de una u otra decisión. La ley penal no requiere que la voluntad de la madre sea absolutamente libre e incondicional en su proceso de generación.

La vida en sociedad impone no solo una serie de contactos recíprocos, sino también una zona de influencia e interacción en la que el binomio médico-paciente gestante no es la excepción. Aquí nos movemos dentro de un riesgo permitido y una conducta adecuada socialmente.

En caso de que la mujer no pueda prestar su consentimiento, ya sea por estar privada transitoriamente de su capacidad de juicio natural, v. gr., estado de inconsciencia; o por carecer permanentemente de ella, v. gr.,

cial. Delito contra las personas, cit., p. 131; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 93, quienes entienden que el consentimiento de la gestante solo debe ser expreso.

82 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 336.

83 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 131; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 336.

oligofrenia profunda; la ley penal prescribe que en estas hipótesis se debe acudir a su representante legal, siempre que lo tuviere. Cuando la mujer pueda expresar su consentimiento –o mejor dicho cuando tenga capacidad natural de juicio– a pesar que cuente con representante legal, ha de prevalecer y ser atendida su voluntad sobre cualquier otro punto de vista[84]. En todo caso la intervención de los representantes legales debe inspirarse y ceñirse a buscar el bienestar de la mujer que se encuentra bajo su tutela, renunciando a sus propios intereses e ideología[85].

La capacidad de discernimiento o de juicio, independientemente de si la mujer es mayor o menor de dieciocho años, depende de la valoración del caso concreto. No puede elaborarse una regla válida para todos los supuestos que no sea la prudencia y la sabiduría del juez. El representante legal puede ser cualquiera de los nombrados por la ley civil en las situaciones por ella descritas o puede tener su fuente en un mandato judicial.

El problema que surge en este punto es resolver la cuestión en la que la mujer se encuentra privada de sentido, v. gr. por haber ocurrido un accidente; y la declaración del representante legal es a favor de la continuación del embarazo, pese al riesgo para la vida o la integridad corporal de la mujer. Si bien la tarea no es sencilla y pacífica, creemos que debe respetarse la voluntad del representante legal en la medida que no exista con anterioridad una prueba indubitable por la que se demuestre que la mujer quería, de ocurrir el hecho, justamente lo contrario.

Si se logra probar la decisión previa de la mujer de manera idónea, independientemente del sentido y la orientación que posea, esta prevalecerá sobre la voluntad del representante legal, dado que el valor que el ordenamiento jurídico concede a este es solo subsidiario y únicamente concurre cuando no conste la voluntad de la mujer gestante[86].

Si la mujer no puede expresar su voluntad y carece de representante legal, un sector de la doctrina nacional considerará que el médico

[84] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 338.

[85] Ibídem, p. 337.

[86] Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 43.

debe intervenir de acuerdo con las reglas legales y éticas de la profesión, de manera conforme a los intereses de la mujer[87] o puede beneficiarse de la eximente del estado de necesidad o del cumplimiento de un deber[88]. Pese a lo atendible del criterio, creemos que el médico puede recurrir a la figura del **consentimiento presunto**, modalidad del consentimiento, que permite socorrer a la mujer, salvando su vida o salud, cuando no conste su voluntad[89].

Aquí sigue ocupando un papel central el consentimiento que se deduce de las circunstancias en las que la mujer no ha podido prestarla, pero que si estuviera en pleno uso de sus facultades obraría en ese sentido. El consentimiento presunto traerá como consecuencia que si la mujer luego de superar, por ejemplo, la privación de sentido (rechaza el hecho que se le haya practicado el aborto), no podrá fundar la responsabilidad penal o civil del médico[90].

87 Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 243, p. 99.

88 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 219.

89 Cfr. LAURENZO COPELLO, El aborto no punible, pp. 244 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 335.

90 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 43.

CAPÍTULO XXII
ABORTO ÉTICO Y EUGENÉSICO

Artículo 120°.-

«El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. *Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o,*
2. *Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico».*

I. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL Y FUNDAMENTO

En el art. 120 del C.P se regula los casos de aborto atenuado. Aquí se disminuye el grado de responsabilidad penal siempre que el embarazo sea consecuencia de una violación sexual, de una inseminación artificial no consentida [*aborto ético o criminológico*] o de la probabilidad que el nuevo ser nazca con graves taras físicas o psíquicas [*aborto eugenésico*]. El legislador penal peruano lejos de dispensar el mismo tratamiento jurídico a estas modalidades de interrupción del embarazo respecto al llamado aborto terapéutico ha optado por seguir criminalizando el comportamiento estableciendo solo una pena mínima y simbólica no mayor de tres meses de privación de la libertad. Entre la disyuntiva de declarar la impunidad de dichas conductas y seguir penalizándolas ha elegido este último camino.

La posición legislativa asumida por el C.P. peruano vigente dista mucho de la posición que hoy prevalece en el derecho comparado en la regulación del aborto en lo que se refiere a la admisión de situaciones de conflicto que determina la impunidad del comportamiento. Las posturas que recogen las legislaciones extranjeras van desde la adopción del sistema del plazo a la asunción –hasta donde alcanzamos a ver mayoritaria– del sistema de indicaciones y en el que se reconoce efectos eximentes a la indicación terapéutica, la indicación ética o criminológica, la indicación eugenésica o embriopática y la indicación económico-social.

Nuestro país solo ha prestado atención y conferido efectos eximentes a la indicación terapéutica, reservando a la indicación embriopática y a la indicación ética un efecto atenuante de la responsabilidad penal. No se ha recogido ni se ha regulado la llamada indicación económico-social, de tal manera que su concurrencia en el caso concreto de *lege lata* no surtirá efecto jurídico alguno[1]. De allí que no se exagera cuando se afirma que nuestro derecho positivo ha optado por una regulación sumamente conservadora y poco flexible en cuanto al tratamiento legislativo del aborto y en particular en la interrupción del embarazo.

Si se postula, como plantea la doctrina que la adopción del modelo de indicaciones representa la asunción de un punto de vista a favor de la *despenalización parcial del aborto*, el reconocer de manera exclusiva efectos eximentes a la indicación terapéutica, dejando de lado a otras indicaciones, constituye una muestra evidente que el modelo asumido por la legislación peruana es a favor de la instauración, como regla, de la punición de todas las modalidades y formas de aborto, estableciéndose solo para un [1] caso la impunidad.

Si se ha optado por una regulación excesivamente tradicional y cerrada del aborto, desde el punto de vista político criminal lo más coherente con dicho pensamiento debería haber sido, junto a la penali-

[1] Sin embargo, creemos que puede ser valorada de manera conveniente a nivel de la determinación judicial de la pena, obrando materialmente como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

zación del aborto ético y embriopático, plantear el castigo del aborto culposo[2]. Resulta impostergable que en el futuro se implementen medidas legislativas oportunas que corrijan esta situación y fijen, por lo menos, el sistema pleno de las indicaciones.

La historia legislativa del artículo 120° advierte que dicho precepto fue introducido a último momento en la expedición y vigencia del C.P. de 1991, pues no se hallaba recogido en los anteriores proyectos, en especial, el del 1990. Muy por el contrario, en ellos se consignaba su naturaleza de eximente de responsabilidad penal al recibir el mismo tratamiento jurídico que el aborto terapéutico. Su inclusión, sin consulta y debate previo, y ulterior vigencia se debió a la influencia de ciertos grupos de presión afines de la protección absoluta de la vida del concebido, siendo, además, una manifestación clara de cómo en el Perú se legisla de manera informal[3].

Asimismo, es una evidente filtración en sede del Derecho penal de criterios morales y éticos que lo único que abonan es la protección absoluta del derecho a la vida, olvidando los conflictos sociales, personales y humanos que derivan de todo embarazo no deseado y que el Derecho penal si no puede resolver no debe agudizarlos con la amenaza de pena.

Las consecuencias que trae el seguir dicha postura legislativa no solo destaca de manera lamentable el lugar que ocupa el Perú en materia de desarrollo y avance jurídico a la hora de ajustar su derecho interno a las tendencias, casi unívocas y homogéneas, del Derecho comparado, ya sea de los países europeos, de Norteamérica o incluso de naciones de nuestra más inmediata y cercana órbita cultural, sino que remarca, una vez más, el divorcio del Derecho penal de la realidad social a la que pretende servir y regular y la cual demanda ante todo la necesidad de resolver los conflictos personales y sociales más graves, sin que se permita que nuestra disciplina se erija en el escaparate donde se atrincheran y defienden las ideas morales más conservadoras.

2 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 204, p. 84.

3 Ibídem, Nº 186, p. 77.

En el Perú, como sucede en pocas legislaciones, se sanciona como delito lo que de modo mayoritario en el mundo civilizado se considera como una conducta lícita o autorizada por el ordenamiento jurídico. Aquí se castiga el aborto embriopático y el aborto ético cuando en otras latitudes se los tiene por permitido hace ya mucho tiempo. El hecho que se imponga una pena simbólica no se opone, sino confirma nuestra tesis.

Por otro lado, es notorio que surge una agravación y un recrudecimiento del conflicto que todo embarazo no deseado trae consigo –cuestión que constituye un efecto contrario al que quiere llegar una política democrática y racional– y que se patentiza en un aumento por demás significativo de los abortos clandestinos que origina tanto un aumento del riesgo para la vida y salud de la madre gestante como una implícita promoción y aliento de la industria del crimen. El artículo 120 del C.P. no solo cumple un papel retrógrado en nuestra legislación, sino también criminógeno.

En este sentido, es posible constatar la enorme dificultad de encontrar un médico o un profesional sanitario que quiera practicar el aborto a una mujer en las condiciones descritas en el art. 120 si sabe que pesa sobre él una amenaza de pena y la posibilidad de afrontar un proceso penal con todas las secuelas y consecuencias que le son inherentes: descrédito profesional, pérdida de pacientes, gastos de defensa, etc[4].

Desde el punto de vista formal y en atención a la escasa penalidad que recibe la regulación del aborto embriopático y ético vale preguntarse si lo más coherente no debería haber sido acaso su ubicación en el Libro III del C.P., referido a las faltas.

Tal vez de la única manera de contrarrestar los efectos perniciosos de la regulación del sistema de indicaciones en el C.P. peruano, sea la posibilidad de considerar al aborto ético y embriopático como casos emblemáticos de aplicación del principio de oportunidad en el campo

[4] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 225.

procesal, tanto por la débil magnitud del injusto como por la escasa culpabilidad del agente en la medida que obra en una situación en la que difícilmente se le puede exigir otro comportamiento. Frente a la intolerancia y capricho del legislador de imponer a toda costa una penalidad. La única vía libre que queda si es que se quiere dotar de racionalidad y humanidad a las leyes penales es el acudir al campo del Derecho procesal penal.

El aborto ético y el aborto embriopático tal vez constituyan la mejor muestra de cómo una figura delictiva tradicional encaja en el sentido y el alcance del principio de oportunidad, dado que se acredita que: 1° El agente ha sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta apropiada. Fácilmente se puede constatar que la madre sufre un enorme daño no solo por que debe interrumpir su embarazo [aborto embriopático], sino porque se somete a un proceso de gestación no deseado [aborto ético]. Desde el punto de vista preventivo general y especial no hay razones que puedan justificar la punibilidad de estas dos formas de aborto. La alarma social es mínima y el resquebrajamiento de la fidelidad y respeto al derecho sino es mínimo, no existe; 2° Se trata de delitos cuyo contenido de antijuridicidad material es leve. Estamos ante hechos insignificantes que no afectan el interés público, ya que su pena no supera los dos años y no se trata de un delito cometido por un funcionario público; 3° La culpabilidad del agente en los dos casos de aborto es mínima ya que obra en una situación en donde la exigibilidad de la conducta y el ámbito de autodeterminación es de escaso margen, dado que aquí el conflicto se agudiza al no poder obligar el ordenamiento jurídico a soportar una carga no deseada a la madre.

Se alega también el argumento de contenido práctico respecto a la facilidad de acudir a la prescripción (en el plazo máximo) que se fijaría en cuatro meses y medio, si es que se toma en cuenta que la investigación policial y la instrucción superan largamente dicho límite temporal[5].

---

[5] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 95.

II. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN

La doctrina penal ha buscado desde diversas perspectivas el fundamento de la indicación ética y la indicación eugenésica con el objeto de explicar racionalmente bien la impunidad – caso del derecho penal español o alemán – o la atenuación de la responsabilidad penal, tal como sucede en la legislación peruana.

Se ha sostenido por un sector mayoritario de la doctrina que la indicación ética encuentra su razón de ser en un **conflicto de intereses**[6] y en la ***no exigibilidad de otra conducta*** que constituye un principio regulativo que puede decidir tanto la criminalización de un comportamiento como el fundamento de algunas eximentes de responsabilidad, ya sea una causa de justificación o una causa de inculpabilidad[7]. Aplicado el principio de la no exigibilidad al aborto ético se afirma que el ordenamiento jurídico no debe obligar a soportar a la mujer el proceso de gestación contra su voluntad y el nacimiento de un hijo no querido, exponiéndola a sufrir graves repercusiones de índole sentimental, social y moral que contravienen su dignidad y su proyecto de vida. Sería inhumano y sumamente criticable que la mujer además de ser víctima de un delito contra la libertad sexual se viera en la obligación, a raíz de un mandato jurídico, de mantener un embarazo no querido[8].

El daño que recibe sería por partida doble: por un lado, el perjuicio que proviene del delincuente que le obliga a soportar el acto sexual contra su voluntad y otro del Estado que le obliga a llevar en su vientre algo que es producto de un delito[9]. La mujer sería sometida, por lo menos, a un cuádruple proceso de victimización: tiene que soportar

[6] GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 124.

[7] Vide ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 319; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 136; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 95; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 783.

[8] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 200, p. 82.

[9] Cfr. ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 162: «Sería una cruel injusticia que el infortunio de una mujer embarazada por este ilícito, la ley le agregara la

estoicamente la violación, el embarazo que deriva, el proceso penal por violación y el proceso penal por aborto. El Estado lejos de aliviar el conflicto lo agudizaría al máximo creando tanto un factor criminógeno más, desestabilizando el equilibrio emocional de la mujer roto ya por la violación sexual.

Otro sector encuentra la razón de ser del aborto por indicación ética en el conflicto entre la vida del concebido y la libertad de la mujer y en el que se da preferencia a ésta última como derecho a *decidir si quiere* o no ser madre y con *quién* quiere engendrar a su futuro hijo[10]. No se trata de la libertad sexual de la mujer que se vulnera a través de la comisión del delito de violación, pues en el marco de las normas que presiden el Derecho penal sexual el riesgo de embarazo no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma[11], sino de la libertad que funda el derecho a la maternidad de rechazar un embarazo no querido más si éste proviene de la comisión de un delito[12].

A la mujer no se le debe forzar a soportar las consecuencias que derivan de un ilícito, más aún si ello implica aceptar como padre a alguien que ella no ha elegido. Se podría encontrar también el fundamento de esta indicación en el principio de humanidad del Derecho penal[13].

Por su parte, el aborto por indicación eugenésica o embriopática se fundaría según un sector doctrinal en la decisión a favor de los intereses de la madre en relación con la vida del concebido y que se caracteriza por remarcar la primacía del derecho al libre desarrollo de su personalidad, dignidad[14], libertad e intimidad. Para algunos

---

desgracia de una condena penal al querer desprenderse de una concepción que le fue impuesta violentamente».

[10] Cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., p. 130; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52, quien habla aquí de un *reforzamiento de la libertad*.

[11] Ampliamente, CASTILLO ALVA, José Luis, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima, pássim.

[12] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 225; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 96.

[13] Cfr. CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español», cit., p. 59.

autores, nuevamente aquí encuentra reconocimiento la no inexigibilidad de otra conducta que releva a la madre de cumplir con un comportamiento heroico en relación al futuro hijo que está por nacer cuando su advenimiento al mundo venga acompañado de graves taras físicas o psíquicas[15].

No se posible imponer a la madre mediante la amenaza de pena la obligación de soportar para siempre la pesada carga de un hijo minusválido que estará impedido de realizar y desarrollar una vida social elemental[16]. Se alega también la necesidad de preservar la calidad de vida de los miembros de la sociedad, de tal forma que el ordenamiento al decidirse a favor de la supresión de la vida del concebido que lleva graves taras asegura la calidad de los futuros miembros. El Derecho debe garantizar unas condiciones mínimas de bienestar, puesto que resulta más solidario proteger los derechos del que va a nacer que el mero derecho a nacer [Díez Ripollés].

Otro punto de vista, que consideramos en general correcto con las precisiones que luego se realizarán [ut infra], señala que tanto en el aborto ético como el aborto embriopático el bien jurídico que se contrapone y prevalece sobre la vida del concebido es la ***libertad de la mujer***[17]. Se sostiene que la crianza de un hijo disminuido supone una carga mucho mayor que la de un hijo normal tanto en lo que se refiere a los aspectos personales como en lo que atañe al mantenimiento económico.

La madre ingresa a una situación profundamente conflictiva ya que debe elegir entre la opción del aborto y el atar su vida, proyecto personal y tiempo al cuidado y atención de una persona con

---

[14] Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 124.

[15] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 138; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 357. En el Perú, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 229.

[16] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 196, p. 80.

[17] Cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., p. 137; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 784.

graves taras físicas y psíquicas. Dicha sobrecarga no supone la apelación al principio de inexigibilidad de otra conducta, sino una especial limitación de la mujer para desarrollar su propio proyecto de vida[18].

La base de la eximente no se encuentra –o en nuestro derecho positivo la atenuación de la responsabilidad– en la preservación de la calidad de vida de la persona y de la sociedad, pues dicha calidad no puede ser arbitrada por el Estado o la sociedad a su gusto y antojo en función a la existencia de taras físicas o psíquicas, ya que de manera implícita se estaría planteando como proceso de motivación de la norma la necesidad de matar a todas aquellas vidas humanas que poseen dicha características, antes del nacimiento.

El concebido tiene el derecho a nacer e integrarse a la comunidad pero en el caso del aborto eugenésico la última palabra y la decisión final queda en manos de la madre, siendo ella quien finalmente resuelve si está dispuesta o no a atender, cuidar o proteger a una vida humana en dichas condiciones.

III. VALORACIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Junto a la lamentable opción político criminal es posible detectar en la disposición que se comenta graves y serios problemas en cuanto a técnica legislativa y a precisión de los contenidos típicos. Más allá, por ejemplo, de la impropia utilización de los verbos v. gr. *conllevar*[19], se destaca el hecho que tanto en el aborto embriopático como en el aborto ético se echa de menos la exigencia que la interrupción del embarazo sea practicada por un ***médico titulado***, tal como se requiere en los casos de aborto terapéutico.

Asimismo, se echa de menos la referencia a ***un límite temporal*** en el sentido de plazo máximo en el que se permitiría [o atenuaría] la interrupción del embarazo, pues se entiende, como se señaló anteriormen-

[18] Por todos, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., p. 137.

[19] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 187, p. 77.

te, que mientras más avanzado se encuentre el estado de gestación y más cerca esté el parto, mayor valor y significado reviste la protección a la vida, ello sin contar la elevación de los riesgos para la madre mientras más tarde se practique el aborto.

La legislación peruana no distingue –por lo que se entiende que se debe imponer la misma penalidad– el aborto ético o embriopático que se ejecuta durante el primer o tercer mes de embarazo de aquél que se practica en el séptimo u octavo mes de embarazo. La legislación comparada, en concreto el derecho español, impone un plazo límite de doce semanas para la realización del aborto ético y de veintidós semanas para la ejecución del aborto embriopático. Más allá de este lapso temporal se cierra dicha posibilidad. No obstante, creemos que en la actual realidad legislativa de nuestro país en la que se pune ambas modalidades de aborto no tiene sentido establecer dicho límite temporal. Solo lo tendría cuando se concede a ambas indicaciones efectos eximentes.

Por último, es de advertir que tampoco se exige el *consentimiento* de la madre en la ejecución del aborto embriopático y ético. Se da entender que puede prescindirse de este elemento sin que ello altere la aplicación de cualquiera de los dos incisos de la figura del aborto atenuado.

Podría entenderse, tanto para justificar el relajamiento de la exigencia que el aborto deba ser practicado por un médico y que se requiera el consentimiento de la mujer embarazada, que ello no es necesario en la medida que el legislador lejos de consagrar una eximente del aborto ético y embriopático se inclina más bien por su punición, de tal manera que carecería de sentido establecer esta exigencia si al final siempre se va a terminar imponiendo una sanción penal. Más que un olvido o negligencia del legislador se resalta que habría aquí una profunda coherencia y lógica en los dos incisos del art. 120. Se plantearía que solo cuando exista una eximente y no una atenuación debe prosperar la exigencia de dichos requisitos.

Sin embargo, un punto de vista contrario –que no dudamos en suscribir[20]– sostiene que el hecho que se castigue el aborto embriopático y ético no debe conducir a que se prescinda de requerir que la intervención sea llevada a cabo por un médico y que la madre gestante preste su consentimiento si quiere continuar con su embarazo o si se inclina más bien por la ejecución de las maniobras abortivas. Se reclama aquí la existencia de algunas garantías con el fin de evitar abusos[21].

Dicha exigencia no solo tendría sentido cuando se exime de responsabilidad a través de una causa de justificación, sino también cuando media una causa de atenuación. Si se analiza convenientemente la génesis del art. 120 del C.P. resulta sencillo darse cuenta que constituye una salida de compromiso entre las corrientes que pugnan por una protección absoluta de la vida del concebido y aquellas otras que buscan atemperar y relajar dicha exigencia. El legislador lejos de descriminalizar ambos comportamientos –como era de esperarse– ha decidido imponer una pena simbólica.

Sin embargo, no puede negarse el hecho que haya sido consciente de la problemática, pues lejos de guardar silencio acerca del aborto ético y embriopático ha impuesto un tratamiento especial, aunque incorrecto; de tal forma que resulta ilógico y absurdo sostener que no haya establecido determinadas exigencias que justifiquen la solución del compromiso que adoptó y que devino en la aplicación de una menor penalidad como las que concierne al consentimiento de la mujer y que ambas formas de abortos sean practicadas por un médico.

El criterio que sostiene la posibilidad de prescindir de los requisitos del consentimiento y que la intervención la realice un médico solo se puede amparar en una interpretación literal del precepto y en el manejo de un argumento lógico discutible como es el *argumento a contrario* y por el que se dejaría ver que si el legislador omitió dichas exigencias es por algo o sencillamente porque no las consideró necesarias. No obstante, desde el punto de vista teleológico y sistemático es posi-

---

20 Ibídem, Nº 205, p. 85.

21 Ibídem, Nº 190, p. 78.

ble demostrar dicho yerro. En primer lugar, se destaca que habiendo regulado el legislador tres requisitos del sistema de indicaciones resultaría incomprensible, pese a decretar en un caso la impunidad y en los otros dos mostrarse a favor del castigo, que no haya impuesto las mismas exigencias en todos los casos, más aún cuando éstas se dirigen correctamente, por un lado, a preservar la salud y vida de la madre evitando que terceros inescrupulosos y sin los conocimientos técnicos necesarios practiquen el aborto, y por el otro, se logre respetar la dignidad de la persona humana.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Estado de Derecho y de una política criminal racional carecería de sentido atenuar un aborto no consentido en el que la madre muestra su clara oposición al acto, y prefiere, por el contrario, ejercer su derecho a la maternidad, ya sea teniendo un hijo con graves taras físicas o psíquicas o que es producto de un delito de violación sexual. Estaríamos frente a una legislación autoritaria que privilegia el tratamiento de los abortos no consentidos, obligando a la madre a aceptar una interrupción del embarazo que no desea; tendencia muy próxima a un puritanismo moral y al concepto de la preservación de la raza propia del régimen nazi. En estos casos a la madre se le estaría obligando a soportar un aborto contra su voluntad y quien lo practica solo recibiría una pena simbólica [no mayor de tres meses].

En tercer lugar, prescindir de la intervención de un médico expondría a una serie de riesgos a la vida y a la salud de la madre que caería en manos de terceros inescrupulosos que con el fin de lucrar en base al aborto no solo están dispuestos a matar, sino a engañar, por ejemplo, respecto a la existencia de taras físicas o psíquicas. Asimismo, sería absurdo, desde el punto de vista sistemático que en la atenuación del aborto embriopático se exija un diagnóstico médico que establezca la posibilidad que el concebido tenga algún tipo de tara y a la vez se deje en manos de un tercero la interrupción del embarazo. En estos casos, guiados por una elemental lógica, lo correcto es entender que si se exige un diagnóstico médico se requiera también que el aborto sea practicado por un médico, pues si se exige lo más es comprensible exigir lo menos. En efecto, si para la determi-

nación de las taras físicas o psíquicas es necesaria la intervención médica, con mayor razón es indispensable si se trata de una interrupción de embarazo por dicha causa[22].

La importancia del consentimiento, tanto en el aborto por razones éticas o embriopáticas, es de tal magnitud que si se prescinde del mismo y, por ejemplo, el autor [médico] lo practica incluso contra la voluntad de la mujer, imponiéndolo a la fuerza [violencia o grave amenaza] o a través de medios mendaces, se configurará un caso típico de aborto no consentido punible, prescindiéndose de la calificación del comportamiento dentro del art. 120 del C.P.

Por último, se debe recordar que el respeto al consentimiento de la mujer como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana puede significar que la mujer en pleno ejercicio de su libertad decida proseguir con el embarazo y permitir el nacimiento del niño a pesar que éste sea producto de una violación sexual o se encuentre afectado por graves taras físicas o psíquicas. Una decisión de esta naturaleza constituye una manifestación del derecho a la maternidad y de la libertad que la mujer tiene para resolver el conflicto entre los intereses que representa, y es titular, y la vida del concebido[23].

IV. EL ABORTO POR INDICACIÓN ÉTICA

La atenuación del aborto por indicación ética reúne dos supuestos cuya concurrencia determina la aplicación de la circunstancia. Una de ellas es la realización de la violación sexual fuera del matrimonio y la otra es la práctica de una inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio. A ello se agrega un requisito de procedibilidad referido a la exigencia que los hechos [violación o inseminación] deberán ser denunciados o investigados, cuando menos policialmente.

En lo que atañe al primer requisito la primera pregunta que se plantea es saber si cuando la ley alude a una violación sexual se refiere

---

[22] Ibídem, Nº 210, p. 87.

[23] Ibídem, Nº 214, p. 88.

únicamente al tipo básico y tradicionalmente emblemático de los delitos sexuales [art. 170] o si comprende a todos o algunos de los delitos contra la libertad sexual. Al respecto, pueden surgir tres posibles criterios hermenéuticos.

Uno de ellos puede señalar que con la alusión a violación sexual la ley pretende referirse exclusivamente al tipo básico de los delitos contra la libertad sexual: la violación sexual [art. 170] cuya característica es utilizar la violencia o grave amenaza para doblegar la resistencia de la víctima, logrando la realización del acto sexual u otro análogo[24]. Abona también a este criterio el hecho de que la violación se haya realizado dentro del matrimonio, situación que de manera general alude al empleo de los modos comisivos violentos.

Este punto de vista se basaría en una supuesta interpretación literal y en una compresión absolutamente restringida del precepto que repara en cuestiones de índole histórica y de gravedad del hecho cometido. Quedarían fuera del ámbito del art. 120 inc. 1 los demás delitos que atentan contra la libertad sexual, distintos al tipo básico.

A este criterio se puede objetar el parapetarse en posiciones absolutamente formales y rígidas, colocándose de espaldas a la realidad social y a las exigencias político criminales más importantes que hacen ver que no solo el tipo básico de violación sexual encierra un injusto material sumamente grave sino los casos de abuso sexual de personas que sufren de incapacidad física o psíquica [art. 172] o el abuso sexual de menores [art. 173]. Dejar fuera de la atenuación del aborto ético o criminológico a estos supuestos constituye una grave falencia preventivo general del punto de vista aludido.

Por otro lado, se remarca que el término «violación sexual» utilizado por la ley no debe ser entendido en un sentido literal o gramatical, sino de manera amplia como referido, sino a todos a la gran

---

[24] Así, en el Derecho penal español, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 129; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 89; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 43.

mayoría de delitos contra la libertad sexual. Justamente, la interpretación histórica permite ver que la referencia a la violación sexual no solo alude al ejercicio de la violencia o la grave amenaza, sino a otra clase de comportamientos de similar o igual gravedad social y jurídica [v. gr., abuso sexual, violencia insidiosa]; de tal manera que una comprensión estrecha del mismo no se encuentra plenamente justificada.

Frente al argumento que la referencia a que la violación sexual debe ejecutarse dentro del matrimonio cabe objetar, más allá de la crítica constitucional y formal que es posible formular sobre dicha exigencia [ut infra], que la violación sexual en el matrimonio no solo se puede llevar a cabo por medio del ejercicio de la fuerza física o la intimidación, sino también a través de la administración de ciertos medios químicos v. gr. pastillas, drogas, alcohol, etc. hecho que daría lugar a la violación sexual insidiosa [art. 171].

Un segundo punto de vista postula la necesidad de ampliar la referencia a la violación sexual a la mayoría de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, además, del tipo básico de la violación, como la violación insidiosa [art. 171], el abuso sexual de personas con incapacidad física o psíquica [art. 172], el abuso sexual de menores de catorce años [art. 173] y al abuso sexual de persona sometida a una situación de autoridad, dependencia o vigilancia [art. 174]. Solo quedarían fuera la seducción sexual mediante engaño [art. 175] y los actos contrarios al pudor [art. 176- A y art. 176]; de tal manera que si la mujer resulta embarazada a raíz de la ejecución de un acto contrario al pudor, situación que es difícil, pero posible[25], o de una seducción sexual fraudulenta si quiere abortar no podría beneficiarse de los efectos atenuatorios del llamado aborto criminológico o por indicación ética[26].

Una tercera posición, a la que nos adherimos, sostiene que la referencia a la violación sexual debe comprender a todos los delitos contra

---

[25] Vide CASTILLO ALVA, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, pássim.

[26] Así, HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 219, p. 90.

la libertad sexual[27], incluyendo la seducción sexual mediante engaño y a los actos contrarios al pudor, dado que desde el punto de vista teleológico y de los fines que se pretenden alcanzar a través de la regulación del aborto ético se debe atenuar todo aborto que es consecuencia de la realización de un delito contra la libertad sexual independientemente de su clase y gravedad.

La finalidad del aborto criminológico no debe estar en función al tipo o forma de cómo se ha atentado contra la libertad o indemnidad sexual, pues aquí no hay razón que justifique una diferenciación en base a la menor o mayor gravedad del atentado sexual. Un problema valorativo de contenido material del injusto y de jerarquía en cuanto a la gravedad de los delitos contra la libertad sexual no debe ser resuelto en sede del aborto ético, pues aquí la mayor o menor reprochabilidad social y jurídica no interesa en la medida que lo que se busca resolver es un embarazo no deseado como efecto de la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual.

La interpretación de los diversos tipos que componen los delitos contra la libertad sexual no debe interferir en la [correcta] compresión del sentido y alcance del aborto criminológico. En efecto, si bien nadie puede negar que la violación sexual simple [art. 170] y la violación sexual insidiosa [art. 171], para citar casos que se nos ocurre, pueden dar lugar de manera inobjetable a una pena atenuada por indicación ética; no vemos motivo y justificación de índole político criminal y dogmática seria para excluir de la atenuación a los demás delitos contra la libertad sexual en especial a la seducción sexual mediante engaño o los actos contrarios al pudor; más aún cuando lo que se busca finalmente con el aborto ético es brindar una exención de pena – o una atenuación en nuestro derecho positivo – para todos los casos de embarazos no deseados y que tienen como origen la comisión de un delito.

---

[27] Así, de *lege ferenda*, en el derecho español, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 782; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 586. *De lege ferenda* también en el derecho argentino ESTRELLA/GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 164.

A favor de nuestro criterio concurre el hecho que la referencia legal a la *violación sexual* puede ser entendida, sin ninguna clase de inconveniente, como alusiva no a un delito o un conjunto de delitos particulares, sino más bien a todos los delitos contra la libertad sexual. Para ello basta reparar en el encabezamiento del capítulo respectivo que se refiere a la **violación** de la libertad sexual, rótulo que encabeza tanto a la seducción sexual y a los actos contrarios al pudor.

No nos parecen convincentes los argumentos expuestos por Hurtado Pozo cuando al excluir a la seducción sexual mediante engaño del aborto por indicación ética sostiene que: «la víctima, capaz de consentir acepta tener relaciones sexuales con el seductor. Las falsas promesas de éste motivan su consentimiento viciado; pero ella asume el riesgo del embarazo»[28]; pues hace descansar dicha exclusión en la «*asunción del riesgo del embarazo*», situación que de llevarse hasta sus últimos extremos arrojaría que también queden fuera del aborto ético los casos de abuso sexual ya sea de menores o de personas en situación de dependencia, autoridad o vigilancia o, incluso, de personas incapaces físicos o psíquicos si es que advierte y asume el riesgo de embarazo.

El hecho que la mujer asuma el riesgo de quedar embarazada en el delito de seducción sexual no implica que el ordenamiento jurídico le obligue a soportar y a cargar algo no querido y no deseado. Pero que pasaría si la mujer no advierte dicho riesgo¡!. No se debe olvidar que ni toda realización de un acto sexual genera el riesgo de embarazo, ni que habiendo objetivamente dicho peligro la mujer logre asumirlo.

El mayor error de esta posición reside en ver que solo el consentimiento inválido que se obtiene por medio de la violencia o grave amenaza está en condiciones de justificar la atenuación de la pena por la aplicación del aborto ético; y no el consentimiento también inválido que se obtiene por la interposición de otros medios comisivos igual de graves como el engaño o el fraude. Se olvida que en los delitos contra la

---

[28] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 220, p. 90.

libertad sexual el empleo de la fuerza física y la grave amenaza no son los únicos modos de ejecución del comportamiento que reprueba la ley penal, como tradicionalmente y de manera implícita se ha venido sosteniendo. También se desvalora el empleo de abuso y el engaño; de tal forma que se debe entender que si concurren en la comisión de un delito contra la libertad sexual deben quedar comprendidos por la indicación del aborto ético.

La legislación peruana ha recogido dentro del inc. 1 del art. 120 no solo la atenuación de la responsabilidad cuando el aborto sea consecuencia de un embarazo logrado por la perpetración de un delito contra la libertad sexual, sino que también privilegia los casos en los que el proceso de gestación ha derivado de una inseminación no consentida. Ambas tienen en común el reparar en el hecho que el embarazo ha sido logrado ***contra o sin la voluntad de la mujer***. La inseminación artificial no consentida puede haberse llevado a cabo no solo a través del empleo de la violencia o la grave amenaza, sino por el despliegue de maniobras mendaces o fraudulentas v. gr. se le señala a la mujer que se le está implantando un instrumento para evitar la concepción; o aprovechando su estado de inconsciencia.

No es necesario que el autor sea culpable del delito y se castigue penalmente v. gr. puede tratarse de un menor de edad[29].

Es obvio sostener que no basta afirmar que el embarazo que da lugar al aborto es consecuencia del delito de violación sexual o de una inseminación artificial para atenuar la responsabilidad penal. Es necesario acreditar primero y de manera necesaria que ha existido una violación sexual o una inseminación artificial y que esta ha determinado el proceso de gestación para poder aplicar el aborto ético[30].

No basta con el primer requisito, pues no toda violación sexual o inseminación artificial va a desencadenar necesariamente un embara-

---

[29] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 348.

[30] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte espe-*

zo, para que ello suceda se requiere la concurrencia de una serie de circunstancias como que el acto sexual se realice cuando la mujer se encuentra en sus días de fertilidad o que la inseminación artificial, contra su voluntad, haya sido exitosa. Debe existir y acreditarse de manera suficiente una ***relación de causalidad*** entre la violación sexual o la inseminación artificial y el proceso de gestación[31]. Si hay una violación sexual o una inseminación artificial pero ésta no es la causa del embarazo sino, por ejemplo, su origen está en la práctica de un acto sexual libremente consentido no se podrá atenuar la responsabilidad penal al no concurrir un aborto por indicación ética.

Si la mujer para lograr que un médico le practique un aborto señala mendazmente que su embarazo es producto de una violación sexual presentando una denuncia policial y el médico ejecuta la maniobra abortiva, la mujer responderá como autor mediato[32].

Los términos en los que se fije la relación entre el embarazo y la inseminación artificial o la violación sexual no requiere de la certeza absoluta, sino que basta la simple ***probabilidad***, de otro modo no habría manera de establecer un aborto ético, toda vez que tendría que esperarse la sentencia del proceso penal en el que se persigue el delito contra la libertad o el proceso por coacciones en el que se busca castigar la inseminación sexual lograda contra la voluntad de la mujer. Por ejemplo puede tomarse en cuenta, en el caso más simple, la fecha de la comisión del delito contra la libertad sexual y su coincidencia con el inicio del embarazo[33].

En lo que se refiere al delito contra la libertad sexual no es necesario que se demuestre que el acto sexual se ha consumado en el sentido de lograr la penetración del pene en la vagina. Basta solo con la tentati-

---

cial, cit., T. I, p. 129. En sentido crítico respecto a esta exigencia, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94.

31 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 352; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 348.

32 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 221, p. 91.

33 Loc. cit.

va, siempre que se acredite en términos de probabilidad, que la realización del hecho ha desencadenado la situación de embarazo v. gr. la existencia de eyaculación precoz sobre los genitales de la mujer. Si bien este hecho es bastante raro no puede dejar de valorarse y tenerse en cuenta. Tampoco es necesario que se trate de un hecho típico, antijurídico y culpable[34]. Basta que se configure un injusto penal [tipicidad y antijuridicidad] v. gr. El autor puede ser un menor de edad o un débil mental.

Resulta sumamente criticable que la aplicación de la atenuante del aborto ético esté condicionado a que la violación o la inseminación sexual se practiquen fuera del matrimonio, toda vez que se da entender, a contrari sensu, que si la violación o la inseminación se produce contra la voluntad de la mujer dentro del matrimonio no podría aplicarse el art. 120 inc. 1. De esta forma se deja sentado que las mujeres casadas que han sido violadas por su marido o sometidas contra su voluntad a tolerar una inseminación artificial no pueden abortar y si lo hacen quedarían excluidas del marco de aplicación del aborto ético, siendo su comportamiento recogido en el autoaborto [art. 114]. El legislador en este punto ha sacrilizado y ha conferido un valor excesivo a la institución matrimonial y a los deberes y obligaciones que de ella derivan, colocándolo por encima del consentimiento de la mujer y, por tanto, del respeto a la dignidad de la persona humana.

Dicho criterio debe rechazarse abiertamente tachándolo de inconstitucional, pues ni el matrimonio es la tumba de la libertad sexual ni nadie puede obligar a la mujer a soportar un hecho tan grave como la inseminación artificial contra su voluntad, privándole – y esto es lo más grave – de la posibilidad de acudir al aborto como único medio de hacer respetar y confirmar su valor y dignidad como ser humano.

Creemos, que aquí mediante el recurso de una *interpretación según la constitución* es posible lograr que las aguas regresen a su nivel, comprendiendo al art. 120 inc.1 en el sentido que también el aborto ético

---

[34] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 352; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 129.

recoge los casos en los que el embarazo tiene su origen en una violación sexual o una inseminación sexual dentro del matrimonio. El correcto entendimiento del precepto debe girar de tal modo que se prescinda de la referencia al matrimonio como institución que obliga a tolerar un embarazo no querido si es que tiene su origen en una violación sexual o una inseminación artificial.

Cabe destacar que la alusión a la violación sexual dentro del matrimonio en el aborto ético representa una reminiscencia y un lastre de la regulación de los delitos sexuales en el C.P. de 1924 en donde solo se castigaba la violación sexual realizada fuera del matrimonio [art. 196 del C.P. de 1924], constituyendo una grave contradicción e ilogicidad sistemática con la actual normatividad que preside a los delitos contra la libertad sexual y en la que claramente se pune la violación sexual dentro del matrimonio[35].

Es un absurdo que en la redacción del art. 120 inc. 1 se impida la atenuación del aborto que se practica siendo el embarazo resultado de una violación sexual dentro del matrimonio. Se sugiere con ello que se trataría de un hecho lícito o permitido, cuando la sola remisión a los delitos sexuales arroja que la violación sexual dentro del matrimonio también se halla reprimida severamente[36].

La ley penal condiciona la operatividad del aborto ético a que los hechos hayan sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente. No es necesario que dicha denuncia la haya efectuado la propia mujer[37]. Ella puede haberse efectuado por terceros o por instituciones v. gr. Ministerio Público. Es lógico que dicha denuncia o investigación debe haberse llevado a cabo antes de la ejecución del aborto[38].

---

35 Vide CASTILLO ALVA, *Tratado de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, pássim.

36 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 223, p. 92; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 96.

37 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 343.

38 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 94; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 342.

Parece que la razón de este requisito reside en la necesidad de dotar de una seguridad jurídica mínima a los casos de aborto en los que se invoque el haber sufrido una violación sexual, evitando un fraude a la ley[39] y que puede provenir tanto de la inexistencia de la violación como del caso en el que el embarazo no es consecuencia de una violación[40]. Con ello se busca evitar que mujeres inescrupulosas invoquen que han sido víctimas de una violación sexual cuando son detenidas por la ejecución de un delito de aborto, obteniendo un beneficio inmerecido en cuanto al tratamiento penológico.

Se apunta que este requisito estaría sobrando si no hubiera el riesgo de su empleo abusivo y exagerado por aquellas mujeres que quieren escapar o atenuar su responsabilidad respecto al aborto que han cometido. Como la duración y extensión de los procesos en nuestro país –como en la mayoría de países latinoamericanos– hasta que se expida sentencia condenatoria oscila, en un promedio, entre los dos o tres años la ley ha considerado necesario prescindir del requisito de la sentencia condenatoria por el delito sexual, al entender que de exigirse en la realidad ningún aborto podría ser atenuado.

Pese al noble propósito que ha perseguido el legislador en este punto creemos que sus esfuerzos y diligencias han sido vanos[41] por varios motivos.

En primer lugar, la denuncia o investigación a nivel policial por violación sexual no garantiza efectivamente que el embarazo se haya producido debido a dicha causa, pues la mujer de manera hábil y astuta queriendo practicar un aborto de manera urgente puede asentar una denuncia falsa señalando que ha sido víctima de un hecho de esta naturaleza. Claro está que puede optar por esta vía si antes no recurre a la práctica de un aborto clandestino.

---

[39] Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 783; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 586.

[40] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 341.

[41] Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 227; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 96. De modo crítico en la legislación española, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 52.

En segundo lugar, el hecho que una mujer no denuncie ni llegue a conocimiento de la policía o el Ministerio Público que se ha cometido un delito contra la libertad sexual no implica que éste no haya ocurrido o que no pueda generarse por tal virtud un embarazo no deseado y que, por tanto, se hayan cumplido todos lo presupuestos materiales para realizar un aborto por indicación ética y obtener una atenuación de la responsabilidad penal[42].

En tercer lugar, en la práctica lo que sugiere la actual redacción del inc. 1 del art. 120 es que la mujer si quiere interrumpir su embarazo obteniendo una atenuación de su responsabilidad penal debe denunciar o poner en conocimiento de las autoridades que ha sido víctima de un delito contra la libertad sexual, pues si el hecho no llega a su conocimiento –y nunca se investiga policialmente– el resultado es que no podría acogerse a los beneficios [¿?] del aborto ético.

La ley incorrectamente no valora los casos en los que la mujer para guardar su honra o evitar su descrédito o en franco ejercicio de su derecho a la intimidad decide no denunciar ni comunicar a las autoridades que ha sido víctima de un delito contra la libertad sexual. Si aplicamos literalmente a este caso la redacción del inc. 1 del art. 120 la única conclusión posible es que la mujer no podría atenuar su responsabilidad si comete el aborto, pese a que su embarazo se debe a una violación sexual.

La exigencia de denuncia previa o de una investigación al menos en la fase policial debe eliminarse por que lejos de servir de filtro para una correcta y justa aplicación de la ley penal enturbia su entendimiento constituyendo un requisito inútil.

En el aborto por indicación ética no se requiere autorización judicial alguna que habilite la interrupción del embarazo[43].

Por otro lado, se ha destacar que en la medida que nuestra legislación no prevé expresamente el delito de inseminación artificial no con-

---

[42] Cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 90.

[43] Cfr. MAYRINK, *Direito penal. Parte especial*, cit., T. I, Vol. II, p. 194.

sentida, se debe pasar por alto la exigencia de denuncia o de investigación al menos policial, a pesar que si se emplea violencia o amenaza puede dar origen a la tipicidad de un delito de coacciones [art. 150] o de lesiones si hay un daño a la salud de la mujer.

V. EL ABORTO POR INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA O EUGENÉSICA

La otra modalidad de aborto atenuado es el llamado aborto embriopático, llamado también aborto eugenésico, que se caracteriza por la probabilidad que el concebido al momento del nacimiento arrastre graves taras físicas o psíquicas, situación que atenuará la responsabilidad en la medida que exista de por medio diagnóstico médico.

Como se señaló oportunamente [*ut supra* II] el fundamento de la atenuación no reside en la necesidad de preservar la integridad de la raza o la estirpe o en criterios de profilaxis social, propias de un Estado autoritario y fascista[44], sino en la necesidad de cautelar la libertad de la mujer y la realización de su proyecto de vida que de otro modo se vería frustrado al tener que soportar la permanente atención, cuidado y dependencia que acarrearía el nacimiento de un niño con estas características. No se busca proteger intereses de política demográfica, la integridad genética, la compasión al feto, sino que se considera que a la madre no se le puede exigir que en tales condiciones se haga cargo de un niño con graves anomalías que terminan por afectar su propia vida[45].

El ordenamiento jurídico permite que la mujer asuma una decisión cargada de sentido y de responsabilidad, eligiendo por el respeto a la vida humana, hecho que posiblemente le genere preocupaciones, desvelos y cuidados por encima que cualquier madre promedio en su

---

[44] Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 130; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 53; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 587; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 358.

[45] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 352.

lugar podría llevar, modificando su proyecto de vida más allá de lo que normalmente un simple embarazo o nacimiento trae consigo; o si opta por la interrupción del proceso de gestación[46]. No es que con el aborto embriopático se disminuya el valor de la vida en formación, sino que lo que se hace es repotenciar la libertad y dignidad de la mujer embarazada[47].

No basta que el niño que está por venir al mundo genere cambios o atenciones normales que todo nuevo nacimiento implica en la madre para que se trate de un aborto atenuado. Es indispensable que con el advenimiento del nuevo ser, que es portador de graves taras físicas o psíquicas, se altere de ***modo esencial*** el proyecto de vida de la madre, exigiéndole respecto a cualquier embarazo o nacimiento normal mayores cuidados o atenciones; o que en el futuro, con su crecimiento y desarrollo, sea notorio el nivel de dependencia del niño respecto a la madre. El hecho que un centro especializado, un hospicio o terceros pueden hacerse cargo del niño no descarta la posibilidad del aborto embriopático[48].

Si bien todo embarazo o nacimiento trae consigo una serie de nuevas responsabilidades, atenciones y cuidados – independientemente de si la madre es nulípara o multípara – el embarazo que da lugar a la indicación embriopática debe traer, de modo acentuado, mayores exigencias y responsabilidades a la madre si es que el niño llega a nacer por encima de la diligencia y cuidados ordinarios que toda madre tiene con su hijo[49].

Asimismo, se ha de matizar que si bien los cuidados y responsabilidades posteriores e inmediatos al nacimiento son iguales en un niño normal que en un niño que tiene graves taras, lo esencial en esta clase

---

46 Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., T. I, p. 785; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 587.

47 Cfr. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 587; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 358.

48 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 216, p. 99.

49 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 358.

de aborto es pronosticar que en el futuro, es decir, en un tiempo más o menos distante o lejano al propio nacimiento, el niño exigirá por la patología que arrastra cuidados extraordinarios y atenciones de la madre; creándose con mayor o menor intensidad, pero sin que pueda negarse, una situación de dependencia del niño respecto a ésta o a terceros. Aquí su proyecto de vida, su futuro y toda su existencia sufre un cambio radical y se altera por completo a raíz que su hijo arrastra una grave enfermedad.

Justamente, en esta clase de aborto se debe exigir el pronóstico que el nacimiento de un niño en esas condiciones y características va a suponer un cambio radical y esencial en la vida de la madre. Debe existir una conexión causal entre la alteración esencial del proyecto de vida de la madre y el riesgo del nacimiento de un niño con graves taras. Queda descartado, así, por completo cualquier fundamentación que haga girar el privilegio en el interés de salvaguardar la calidad de vida del niño o en la pretensión de evitar a través del aborto un trato inhumano y degradante.

La existencia de esta indicación no descansa, evidentemente, en un interés que gire alrededor del niño o de su existencia futura, sino en un interés que reside en la madre y en la necesidad de cautelar su dignidad y su proyecto de vida.

La tara a la que alude la ley debe ser entendida como lesión orgánica o transtorno funcional que, desde el punto de vista literal, indica enfermedad ***constitucional o hereditaria***[50]. Sin embargo, no creemos que la referencia a *taras* deba circunscribirse necesariamente a las enfermedades congénitas o hereditarias pues el ámbito de aplicación de la indicación se recortaría enormemente[51]. También alude a las alteraciones y disfunciones de carácter fisiológico o psíquico provocadas por agentes externos durante el embarazo a causa del consumo de determinadas sustancias, medicamentos o drogas o por otros factores como, por ejemplo, la exposición a radiaciones[52].

---

50 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 215, p. 88 y ss.

51 Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 355.

52 Vide HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 215, p. 89.

Tal como se encuentra redactada la ley creemos que resulta irrelevante determinar cuál es el origen o la causa de dicha disfunción. Puede deberse a factores conocidos o desconocidos, siendo indiferente su individualización. En todo caso han de suponer graves anomalías, alteraciones, invalidez, incapacidad, atrofia, malformaciones o deformidad, etc[53]. Tampoco es relevante el tiempo de su aparición. Puede surgir desde la fecundación o puede aparecer durante determinado tiempo de avanzado el proceso de gestación.

Lo importante aquí es que la tara sea detectada durante el período que dura el proceso de gestación, pero antes del nacimiento. Si ella se produce después o durante del parto y se termina con la vida del niño se habrá cometido homicidio y no aborto.

La ley no discrimina si la disfunción que afecta al concebido es de naturaleza orgánica o psíquica v. gr. oligofrenia profunda. Ambas se entienden comprendidas por expresa referencia del inc. 1 del art. 120 del C.P. por lo que pueden dar lugar a un aborto embriopático.

Se exige no solo la concurrencia de una tara, sino que ésta tenga cierta entidad o posea un particular significado cualitativo. La ley exige que la tara sea ***grave*** en el sentido de alteración profunda o seria y que tenga determinada prolongación en el tiempo. En el juicio de gravedad deben valorarse también otros factores como las consecuencias que podría acarrear la disfunción para la madre o la familia[54]. No implica necesariamente que sea incorregible[55] o que sus efectos nocivos o graves no se puedan reducir acudiendo a diversos medios, transplantes, procedimientos o intervenciones quirúrgicas. La gravedad del mal no quiere decir que la tara sea irreversible. De allí que debe relativizarse la exigencia que la tara sea permanente[56].

---

53 Vide LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 355.

54 Ibídem, pp. 355 y ss.

55 Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., T. I, p. 131.

56 De otra opinión SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 91.

No basta cualquier disfunción o pequeño mal para que se acuda al aborto embriopático o que se perturbe el bienestar del niño o de la madre. Por ello, el diagnóstico médico debe enfatizar e insistir más en la ***gravedad del mal*** que en su sola concurrencia. No es una grave tara nacer con labio leporino o nacer con solo ocho dedos[57]. La entidad [gravedad] del mal o de la tara juega aquí un papel más que decisivo.

La doctrina se pregunta acerca de la decisión a tomar cuando en un caso concreto el porcentaje de taras es igual o semejante al de ausencia del riesgo. Pese a las dificultades del diagnostico nos inclinamos por admitir la licitud del aborto[58].

El pronóstico para la aparición de las taras debe fijarse en el nacimiento. Si bien lo normal es que la disfunción física o psíquica se revele ya en el embarazo, no existe mayor inconveniente para que ésta recién aparezca luego o durante el parto; de tal manera que cabe la posibilidad que en el embarazo no exista dicha disfunción sino que haya un elevado riesgo que surja una vez nacido el niño para que también sea aplicable el aborto embriopático. Lo que se trata de proteger entonces no es el correcto y normal desarrollo de la vida intrauterina, sino garantizar su desarrollo una vez que se produzca el nacimiento.

Asimismo, se debe diferenciar el caso en el que solo existe un embarazo complicado o de elevado riesgo para la madre de la hipótesis en la que el concebido arrastra una enfermedad o disfunción grave *en el ámbito psico – somático. En el primer caso estaremos frente a la* figura impune del aborto terapéutico y en el segundo frente a un aborto atenuado subsumible dentro del aborto embriopático. Cuando el embarazo solo es complicado pero no existe peligro para la vida o la salud de la madre ni tampoco el concebido es portador de alguna tara [física o psíquica], pero aún así se practica la interrupción del embarazo estaremos dentro de la figuras tradicionales del aborto punible, lláme-

---

[57] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 216, p. 99.

[58] Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 355.

se autoaborto, aborto consentido, aborto no consentido, etc. y no se podrá ni eximir ni atenuar la responsabilidad penal.

Por imperativo de la ley se exige la existencia de un ***diagnóstico médico***. No basta con la existencia de un diagnóstico. Es necesario cumplir con el requisito formal que sea realizado por un específico profesional de la salud: ***un médico***. Dicho diagnóstico ha de constatar tres cosas: 1° Que exista tara física o psíquica; 2° Que ésta sea grave; y 3° Que subsista o se revele durante o después del nacimiento. La exigencia legal de un diagnóstico hace que sea incorrecta la denominación de esta indicación como modalidad de aborto presunto en el sentido de que basta para la interrupción del embarazo la presunción que el concebido tiene taras físicas o psíquicas.

Dicho diagnóstico no necesariamente ha de tener un grado de certeza o de credibilidad absoluta; o mejor dicho no requiere ser infalible. Basta que se funde en un juicio de probabilidad, es decir, que exista la elevada posibilidad, que pueda nacer un niño con graves taras[59]. El mismo debe basarse en criterios científicos y ha de utilizar los medios técnicos a su alcance[60]. Desde el momento que se admite la probabilidad en el diagnóstico se tolera un margen de error, siempre que no sea burdo o demuestre una imprudencia grave[61]. Que luego se compruebe el error de dicho diagnóstico no implica automáticamente que se ha cometido un delito de aborto, y sea imposible aplicar la atenuación, dado que puede suceder que desde el punto de vista ex – ante a la realización del aborto y en el momento que se efectúa el diagnóstico, empleado métodos normalmente aceptados, otro médico en el lugar del autor podía llegar a los mismos resultados o conclusiones respecto a la existencia de graves taras.

No es necesario que el médico que efectúa el diagnóstico recomiende el aborto o que, en caso contrario, se oponga a ello. Basta

---

[59] Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación del aborto», cit., p. 354; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 95; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 95, aluden a una «*elevada probabilidad*».

[60] Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., Vol. 2, Nº 217, p. 89.

[61] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 95.

que informe a la mujer del mismo y que está de manera libre tome una decisión al respecto.

Los medios o procedimientos que pueden servir para detectar la presencia de graves taras son diversos, entre los que se cuentan, la ecografía, la extracción de sangre fetal, la amniocéntesis, la toma de vellosidades coriales,[62] etc.

[62] Vide BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delito contra las personas*, cit., p. 138; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. I, p. 230.

BIBLIOGRAFÍA

ANDÍA CHÁVEZ, Juan, *Repertorio de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 1996.

ANÍYAR DE CASTRO, Lolita, «Sistema penal y sistema social. La criminalización y descriminalización como funciones de un mismo proceso» en *Memorias del Segundo Encuentro Nacional de Abogados Penalistas*, Cali, 1981.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, traducido por Juan del Rosal y Ángel Torío, Uteha, Buenos Aires, 1960.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, bajo el cuidado de Luigi Conti, 14ª ed., Giuffrè, Milán, 2003.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.

ARÁNGÜEZ SÁNCHEZ, Carlos y ALARCÓN NAVÍO, Esperanza, *Código Penal francés*, Comares, Granada, 2000.

ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7, 2005, http://criminet.ugr.es, consultada el 13 de diciembre de 2007.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, «Los delitos de homicidio», en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Silvina y GROPENGIEBER, Helmut, «La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 59, Madrid, 1996.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Ceura, Madrid, 1986.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Madrid, Ceura, 2003.

BARQUÍN SANZ, Jesús, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, Claus, *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticos y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1999.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 5ª ed., RAO, Lima, 1999.

BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, 4ª ed., trad. de José León Pozono, Temis, Bogotá, 1965.

BOOKMILLER, Mae M.; BOWEN, Georges L.; CARPENTER, Dolores, *Enfermería obstétrica*, Interamericana, México, 1968.

BRAMONT ARIAS, Luis, *El delito de aborto en el Código Penal peruano*, Lima, 1957.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., San Marcos, Lima, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, T. II, Trotta, Valencia, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.

CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo, *Elemento di Diritto penale. Parte general*, Cedam, Padua, 2002.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CANESTRARI, Stefano, «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Lima, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CARO CORIA, Carlos, «Legítima defensa», en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis, «Hacia una revisión crítica de las figuras fundamentales de homicidio en el Código Penal peruano», en *Normas Legales*, T. 257, Trujillo, 1997.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

CASTILLO ALVA, José Luis, «La complicidad como forma de participación criminal», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 9, Lima, 2000.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 2. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Razonamiento judicial*, ARA, Lima, 2006.

CEREZO MIR, José, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

CEREZO MIR, José, «La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, T. I, Madrid, Marcial Pons, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, Madrid, Edersa, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel y CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de octu-

bre de 1983», en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992.

CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código Penal*, T. I y II, Ariel, Barcelona, 1976.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 9ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Manual de medicina legal*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974.

CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALA, Giuseppe (dirs.), *Commentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2003.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, T. I, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, T. I, 6ª ed., 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., T. I, Astrea, Buenos Aires, 2007.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1980.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

DA COSTA JR., Paulo José, *Curso de Direito penal*, Vol. 2, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992.

DEL ROSAL, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo/COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1962.

DEL ROSAL, Juan, *Código penal: con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1964.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punible en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial (Manuales de formación continuada 3), Madrid, 1999.

DELGADO, Honorio e IBERICO, Mariano, *Psicología*, Barcelona, 1961.

DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, reimp. de la 9ª ed., Temis, Bogotá, 1989.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, T. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

DUMAS, George, *Nuevo tratado de psicología*, Buenos Aires, 1948.

DWELSHAUVERS, Jorge, *Tratado de psicología*, Gustavo Gili Editor, Barcelona, 1930.

El Código Penal en su jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

ESER, Albin, *Derecho penal, medicina y genética*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

ESER, Albin, «Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida», en su *Derecho penal, medicina y genética*, Idemsa, Lima, 1998.

ESER, Albin, «Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico», en *Derecho penal, medicina y genética*, Idemsa, Lima, 1998.

ESER, Albin, *Estudios de Derecho penal médico*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2001.

ESER, Albin, «Auxilio a morir y eutanasia desde la perspectiva jurídica», en *Estudios de Derecho penal médico*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2001.

ESER, Albin, «Medicina y Derecho penal: Un panorama orientado en el bien jurídico» en *Estudios de Derecho penal médico*, Idemsa, Lima, 2001.

ESER, Albin, «Posibilidades y límites del auxilio a morir desde la perspectiva penal», en *Estudios de Derecho penal médico*, Idemsa, Lima, 2001.

ESER, Albin, *Temas de Derecho penal y procesal penal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

ESER, Albin, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», en *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 1998.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995.

ESER, Albin y KOCH, Hans-George, «Interrupción del embarazo bajo una comparación internacional. Descubrimientos, resultados, recomendaciones. Informe de un proyecto», en *Cathedra*, Año V, N° 8, Lima, 2001.

ESPÍN, Eduardo, *Derecho constitucional*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, 5ª ed., Rodhas, Lima, 2006.

ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial*, T. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

EXNER, Franz, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1946.

FABBRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito penal. Parte especial*, Vol. 2, 8ª ed., Atlas, São Paulo, 1994.

FARRÉ TREPAT, Elena, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente», en *Comentarios*

a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, J. M.Bosch, Barcelona, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 65, Madrid, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, B. de F., Buenos Aires, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, 9ª ed., Grijley, Lima, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, «La cuestión del embrión entre derecho y moral», en *Jueces para la Democracia*, N° 44, Madrid, 2002.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Zanichelli, Bologna, 2001.

FIGUEIREDO DÍAS, Jorge de, *Direito penal. Parte general*, T. I, Editora Coimbra, Coimbra, 2004.

FIORE, Carlo y FIORE, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Utet, Torino, 2005.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, «Emoción violenta», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. IX, Driskill, Buenos Aires, 1979.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Ejecutorias supremas y superiores (1998- 2001)*, Jurista, Lima, 2002.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, T. I (*Parte general*), ARA, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.

GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2003.

GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, T. II, Giuffrè, Milán, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Por un aborto libre», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y ayuda al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida. Dolo eventual, relación parricidio-asesinato», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, Madrid, Edersa, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *100 años de la Procuraduría General de la República*, México D.F., 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, B. deF., Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ BENITEZ, José, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1986.

GÓMEZ RIVERO, Carmen, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del sida*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

GONZALVEZ, François, «La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, T. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis, «Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]», en CEREZO MIR, José (dir.), *Modernas Tendencias en la Ciencia penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

HAMILTON, Persis Mary, *Asistencia materno infantil en enfermería*, Interamericana, México, 1978.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried, «Los elementos característicos del dolo», en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

HAVA GARCÍA, Esther, «Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores», en *Anuario de Derecho Penal 2003 (Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano)*, Lima, 2003.

HENKEL, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968.

HENTING, *Estudios de psicología criminal. El asesinato*, Madrid, 1960.

HIRSCH, Hans-Joachim, «La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», traducción

de Carlos Suárez y Sergio Ferreiro, en *Derecho penal. Obras completas. Libro Homenaje*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

HRUSCHKA, Joachim, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Lima, 2003.

HUERTA TOCILDO, Susana, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en VV.AA., *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1984.

HUERTA TOCILDO, Susana y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1987.

HUERTA TOCILDO, Susana y OLIVA GARCÍA, Horacio, *Aborto con resultado muerte o lesiones*, Universidad Complutense, Madrid, 1977.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Homicidio*, 2ª ed., Juris, Lima, 1995.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima, 2005.

IÑIGO CARROZA, María Elena, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona, 2001.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

JAKOBS, Günther, «Indiferencia como dolo indirecto», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. III y IV, Losada, Buenos Aires, 1952.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial, XXXIII), Madrid, 1994.

KAISER, Günther, *Introducción a la criminología*, trad. José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la supervisión de José María Rodríguez Devesa, 7ª ed., Madrid, 1987.

KAISER, Günther, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo», en *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, T. I, UNED, Madrid, 1989.

KAUFMANN, Armin, «El dolo eventual en la estructura del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XIII, Madrid, 1960.

KAUFMANN, Arthur, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 31, Madrid, 1987.

KOCH, Hans-Georg, «La ayuda a morir como problema legal en Alemania», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; LIVSON, Norman, *Elementos de Psicología*, Gredos, Madrid, 1973.

LAJE ANAYA, Justo, *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, Buenos Aires, 1970.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.

LARRAURI, Elena, «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 6, Lima, 1998.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo», en *El nuevo Código Penal: presu-*

puestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

LEVENE, Ricardo, *El homicidio*, Perrot, Buenos Aires, 1955.

LEVENE, Ricardo (h), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1978.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1995.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español», en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Bosch, Barcelona, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memóriam»*, Vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha / Universidad de Salamanca, 2001.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, trad. Jorge Guerrero, 3ª reimpr., Temis, Bogotá, 1988.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998.

MANTOVANI, Ferrando, «La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal», en CEREZO MIR, José (dir.), *Modernas Tendencias en la Ciencia penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

MANTOVANI, Ferrando, «Sobre el problema jurídico del suicidio», trad. Jesús Martínez Ruiz, en ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticos y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Cedam, Padova, 2001.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1948.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Entre el homicidio y las lesiones», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5; Lima, 1995.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, «El dolo eventual en el asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLI, Madrid, 1988.

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2004.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, T. I, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz/ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, T. II, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro, *Direito penal. Parte especial*, T. I, Vol. II, 4ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1994.

MEINI MÉNDEZ, Iván, «Delitos omisivos de resultado», en CASTILLO ALVA, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

MEZGER, Edmund, *Criminología*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, T. I y II, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIR PUIG, Santiago, «Sobre la relación del parricidio y asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLI, Madrid, 1988.

MIR PUIG, Santiago, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial, XXXIII), Madrid, 1994.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1995.

MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002.

MIXÁN MASS, Florencio, *Derecho procesal penal*, T. III, Ankor-Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984.

MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1992.

MONER MUÑOZ, Eduardo, «El dolo y su control en el recurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial, XXXIII), Madrid, 1994.

MORALES PRATS, Fermín, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, T. III y IV, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», en ROXIN, Claus, *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticos y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

PAREDES VARGAS, César, «El parentesco adoptivo en el Código Penal peruano», en *Debate Penal*, N° 3, Lima, 1987.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y posnatal de desarrollo», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, Nº 11, Madrid, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Ceura, Madrid, 2003.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, T. II, Editorial San Marcos, Lima, 2006.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Dolo y error: reflexiones sobre la prueba en el proceso penal», en *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.

POLITOFF, Sergio/GRISOLÍA, Francisco/BUSTOS, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2ª ed,. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

QUELOZ, Nicholas, «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad», en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial, XXXIII), Madrid, 1994.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte especial*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

QUIROZ CUARÓN, Alfonso, *Medicina forense*, 2ª ed., Porrúa, México D.F., 1980.

RADBRUCH, Gustav, «La 'naturaleza de la cosa' como forma de pensamiento jurídico», en *Relativismo y Derecho*, Temis, Bogotá, 1992.

RADECK, Waclaw, *Tratado de psicología*, Buenos Aires, 1961.

RAMOS, Juan, «Significado del término 'emoción violenta'», en *Revista del Colegio de Abogados de Lima*, 1934.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.

RIZ, Roland, *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2002.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.

ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. 10 años de Jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001.

ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, T. II, Idemsa, Lima, 2005.

ROJJASI PELLA, Carmen, *ejecutorias supremas penales: 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997.

ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, T. I, 3ª ed., Milán, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los trasplantes de órganos*, Bosch, Barcelona, 1978.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, T. I, Bosch, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ceura, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROXIN, Claus, *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. Problemas básicos de Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, «¿Qué es la complicidad?», en *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

ROXIN, Claus, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», trad. Miguel Olmedo Cardenete, en ROXIN, Claus, et al., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticos y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

ROXIN, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticos y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

ROXIN, Claus, «La protección de la vida mediante el Derecho penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

ROXIN, Claus, «Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo», en *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, T. I, 2ª ed., Lima, 1986.

RUBIANES, Carlos, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1966.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho constitucional*, T. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001.

SALAZAR GARCÍA, Antonio, «No solo con leyes se protege a nuestras autoridades», en *Justicia Viva*, 17 de agosto de 2006, consultado 23 de diciembre de 2007.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2004.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Iustitia/ Grijley, Lima, 2007.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho penal. Parte especial*, Vol. I, Universidad Complutense de Madrid, 1998.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativas en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2004.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SANZ MORÁN, Ángel José, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Problemas jurídico-penales relacionados con el sida», trad. Santiago Mir Puig, en MIR PUIG, Santiago (dir.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Bosch, Barcelona, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», trad. Mariana Sacher, en *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, trad. Mariana Sacher, Idemsa, Lima, 2006.

SEMINARA, Sergio, «La eutanasia en Italia», trad. Ana María Prieto, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, Madrid, Edersa, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción», en *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y CASTIÑEIRA PALOU, Teresa y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coords.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006.

SIMONIN, C., *Medicina legal judicial*, 2ª ed., trad. G. L. Sánchez Maldonado, JIMS, Barcelona, 1973.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T. III, 3ª ed., 7ª reimp., TEA, Buenos Aires, 1976.

STANGELAND, Per, «Aspectos sociológicos de la eutanasia en España», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (dirs.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 2003.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, trad. Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

STRUENSEE, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal*, T. XXXVI, Madrid, 1983.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho penal*, T. XXXIX, Madrid, 1986.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, T. I, UNED, Madrid, 1992.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara, «Las agresiones extrapenales en la legítima defensa», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara, «La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Delito de homicidio*, Gios, Lima, 1991.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás, «Sobre la responsabilidad del médico en los supuestos de aborto consentido», en *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I, Madrid, Edersa, 1999.

VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

WOLTER, Jürgen, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», trad. Silvina Bacigalupo, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.

ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.

ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIX, Madrid, 1986.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.