

# **MANUAL DE DERECHO PENAL**

**José HURTADO POZO**

**EDDILI, Segunda Edición, Lima 1987**

## ÍNDICE

<b>PRIMERA PARTE. FUNDAMENTOS GENERALES .....</b>	<b>9</b>
1. JUS PUNIENDI.....	10
2. POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.....	22
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL EN EL PERÚ .....	42
<b>SEGUNDA PARTE. LA LEY PENAL .....</b>	<b>60</b>
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	61
2. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY .....	80
3. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.....	97
4. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO .....	131
5. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN RELACIÓN A LAS PERSONAS.....	153
<b>TERCERA PARTE. EL DELITO .....</b>	<b>159</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	160
2. LA ACCIÓN .....	165
3. TIPICIDAD .....	179
4. LA ANTIJURICIDAD .....	186
5. CAPACIDAD PENAL .....	202
6. CULPABILIDAD .....	216
<b>CUARTA PARTE. ITER CRIMINIS, PARTICIPACION Y CONCURSO.....</b>	<b>235</b>
1. EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO (ITER CRIMINIS) .....	236
2. PARTICIPACIÓN DELICTIVA.....	263
3. CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS .....	295

## PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Ahora como en 1978, año de la primera edición de este libro, carecemos de estudios suficientes sobre los aspectos fundasen tales de la parte general de nuestro derecho penal No se ha materializado así nuestra esperanza, manifestada en el prólogo de dicha edición, de que nuestra obra se convierta en "un elemento motivador para la realización de otros trabajos que, desde una perspectiva crítica, corrijan (sus) defectos y completen sus lagunas". El diálogo alterado y sin complacencias que pretendimos establecer. con los autores nacionales que escogimos como interlocutores, a través de sus libros, y con ocasión de redactar el nuestro, tampoco se ha producido.

Entre quienes se encontraron en el más alto nivel de la jerarquía judicial, después de la reestructuración de 1980, no fue rara la convicción de que era inconveniente que un juez, como nosotros Vocal de la Corte Superior de Lima, analizara y apreciara en una obra teórica, los criterios jurisprudenciales.

¿Cómo explicar entonces nuestra persistencia en reeditar nuestro libro? La justificación la encontramos en la acogida que tuvo entre los estudiantes, jueces y abogados y en la demanda que existe desde que se agotara hace ya un buen tiempo. '

La tardanza de esta segunda edición se ha debido, en primer lugar, a los años que pasamos "administrando justicia" (1978 1983). Además de la rutinaria labor de estudiar expedientes, para dirigir los debates orales y dictar las resoluciones, participamos activamente en programas de perfeccionamiento para jueces, en comisiones legislativas, en las Salas Plenas de la Corte Superior de Lima, en la formación de la primera Asociación de Magistrados del Perú y en la elaboración y publicación de su primer órgano de prensa *La Revista judicial*. Pretendíamos así hacer efectivos los principios que se proclaman oficialmente como esenciales a un Poder judicial autónomo y objetivo. A pesar de nunca olvidar que tal actitud, como decía Henri Böll, constituye casi siempre en nuestro mundo (sobre todo en países como el nuestro) una actitud subversiva.

En segundo lugar, a la actividad docente que continuamos desempeñando entonces en la Universidad Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Influenciadas por nuestra labor judicial, nuestras investigaciones se orientaron a aspectos más concretos del derecho penal. En el dominio procesal, publicamos un análisis amplio sobre la Ley Orgánica del Ministerio Público; en el ámbito de la parte especial, un volumen consagrado al homicidio y al aborto. Nuestras reflexiones sobre el contexto político y social en que trabajamos nos condujo, primero, a editar el libro colectivo "La nueva Constitución y el derecho penal" y, luego, a participar en las actividades del Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (CED YS), quien apoyó y publicó nuestro trabajo La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú.

La tercera razón del retraso esta íntimamente vinculada a nuestro destino. Un llamado imposible de ser ignorado; pero que exigió una decisión, al mismo tiempo, penosa y pletórica de esperanza. Nos referimos a nuestro alejamiento del país para ocupar, desde 1983, el cargo de Profesor titular de derecho penal y procesal penal en la Universidad de Fribourg (Suiza). Como es natural, este cambio radical nos ha conducido a variar y completar opiniones que expresamos en 1978. Sin embargo, por la urgencia editorial de una pronta publicación, el texto original no ha sido fundamentalmente variado en sus lineamientos básicos.

El cambio de la Constitución y de algunas normas penales, así como los proyectos de reforma del Código Penal, han hecho necesarias su actualización y revisión. Por esto podemos aún decir, parafraseándonos, "que no hemos pretendido agotar las materias estudiadas" y "que este texto no es sino la segunda versión de una obra que quizás algún día alcancemos a escribir".

Esta ambición, tal vez u tópica, nos ha impuesto sacrificios y nos ha conducido a imponerlos a esposa e hijas. Cómo no pensar, ahora, en la carta que nos escribiera François Clerc, nuestro distinguido predecesor en la cátedra de Fribourg, agradeciéndonos haberle acompañado en su 75 aniversario. En dicha misiva, escribía: "a medida que pasan los años, me reprocho cada vez más de no haber vivido sino para cumplir mi tarea profesional, esclavo de mi conciencia. Ahora, me doy cuenta de lo mucho que he perdido".

Sin el apoyo material y espiritual de nuestro padre, Luis Hurtado Navas, esta edición, como la primera, no habría sido publicada. Por esto y por todo lo que nos ha dado y enseñado, le expresamos nuestro reconocimiento. El mismo sentimiento debemos manifestar a Emperatriz Rivas de Hurtado por habernos ayudado, en estos años europeos, a hacer atrayente y ordenada una rival, metamorfoseada en hojas de papel, siempre omnipresente y posesiva.

Creemos ajeno a nuestro espíritu, al momento de escribir estas líneas, algún sentimiento petulante; pues no olvidemos la frase de Nicolás de Piérola, citada por Jorge Basadre aludiendo a la tolerancia, la indiferencia o la inconsciencia generales, que en el Perú nada da ni quita honra.

Fribourg, enero 1987.

José Hurtado Pozo.

## PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

El libro que hoy publicamos, tiene su sustento en nuestra tesis: "L'influence de la législation pénale suisse sur le code pénal péruvien (partie générale) ", elaborada, bajo la dirección del profesor François Clerc y con los auspicios de la Confederación Helvética, para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Neuchâtel (Suiza). Trabajo que fue reestructurado y completado, primero, en el ejercicio de la docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú; y, luego, durante nuestra estadía en el Max Planck Institut für auslaendisches und internationale Strafrecht de Freiburg im Breisgau (República Federal de Alemania), como becado de la Alexander von Humboldt-Stiftung.

El objetivo, por nosotros perseguido, no ha sido escribir una obra erudita, sino el de estudiar la parte general de nuestro Código Penal, recurriendo a la doctrina, jurisprudencia y legislación extranjeras. La exigencia resultante del carácter propio de nuestro derecho penal, perteneciente a la familia eurocontinental, traído por los conquistadores españoles y reformado y perfeccionado mediante la recepción de otros modelos legales foráneos, -ha hecho que recurramos a una diversidad de fuentes bibliográficas y legales.

Por otro lado, la consulta necesaria de la doctrina y legislación extranjeras, motivada, también, por el nivel en que se encuentran los estudios penales en nuestro país, no ha sido realizada indiscriminadamente. Se ha hecho teniendo en cuenta la fuente legal en que se inspiró nuestro legislador para elaborar la disposición comentada, y en la medida en que era indispensable para su mejor comprensión. Por ello, y con el mismo fin y a igual nivel, hemos recurrido a la jurisprudencia de la Corte Suprema, uno de los medios más efectivos para conocer cómo, en realidad, funciona el derecho en nuestro país. Lamentamos, muy deberás, que en esta obra, no se refleje la enorme riqueza de conocimientos que brinda la tarea de administrar justicia, a la cual nos ha sido honroso incorporarnos sólo desde agosto del año próximo pasado.

Creemos, y estamos convencidos de ello, que la correcta aplicación y el perfeccionamiento de las leyes no pueden tener lugar sin el cabal conocimiento de las ideas que las inspiran ni de la realidad social en la que se aplican. Es por eso que esperamos que nuestro trabajo sea, en alguna medida, un aporte positivo a esta ingente, necesaria e imprescindible tarea. No sólo como fuente de consulta para jueces, abogados y alumnos de derecho; sino, fundamentalmente, como elemento motivador para la realización de otros trabajos que, desde una perspectiva crítica, corrijan defectos y completen lagunas de nuestro libro.

Los principios fundamentales del derecho penal, la ley penal y el delito son los tres grandes temas tratados en este libro. Hemos dejado de lado exprofesamente la sanción. Y esto sobre todo, por la relevancia y autonomía alcanzada por los estudios del sistema de sanciones y de su ejecución, y por el enorme abismo existente en nuestro país entre la ley y la realidad. Lo que hace necesario otro enfoque en el estudio de las normas que regulan las penas y las medidas de seguridad. Tal vez, en un futuro cercano, logremos terminar nuestras investigaciones en este complejo campo y publiquemos sus resultados.

Debemos señalar que no hemos pretendido agotar las materias estudiadas. Muy lejos de ello, consideramos, por el contrario, que este texto no es sino la primera versión de una obra que quizá algún día alcancemos a escribir.

Y, finalmente, no nos queda sino la grata tarea de agradecer a todos aquellos que de una u otra manera nos han ayudado en nuestro trabajo. En primer lugar, al profesor Hans-Heinrich Jescheck, Director del Max Planck-Institut für auslaendisches und internationale Strafrecht, porque su patrocinio hizo posible y fecunda nuestra estadía en dicho Instituto, y al profesor Klaus Tiedemann, Director del Institut für Kriminologie und Strafvollzugkunde de la Universidad de Freiburg im Breisgau, quien con su amistad y consejo nos alentó en momento oportuno en nuestras investigaciones. En segundo lugar a todos aquellos que conocimos por la afortunada coincidencia de que frecuentáramos juntos el Max Planck Institut y con quienes logramos establecer una relación profunda, motivada por nuestro común afán de conocer mejor el derecho penal. En tercer lugar, a quienes con su gentileza contribuyeron a hacer inolvidable nuestra estadía en la República Federal de Alemania.

No podemos dejar, antes de poner punto final a este prólogo, de expresar nuestro sincero reconocimiento a Luis Hurtado Navas, nuestro padre, y a Ismael Pinto Vargas, entrañable amigo, por haber tenido la paciencia suficiente de revisar nuestros originales, de señalarnos incongruencias y por haber asumido la fatigante y poco amena tarea de corregir las pruebas de imprenta, evitándonos incurrir en errores.

Lima, Julio de 1978

José Hurtado Pozo

**ABREVIATURAS\***

**Aj:** Anales judiciales - Perú.

**A. T:** Allgemeiner Teil

**Arch. de polit. crim.:** Archives de Politique Criminelle - Francia

**Arch.;StR. u. STPR.:** Archiv für Strafrecht und Strafprozessrecht - República Federal de Alemania

**Art.:** Artículo

**Bj:** Boletín judicial de la Corte Suprema - Perú.

**B. de la soc. de lég. com.:** Bulletin de la Societé de législation comparée - Francia.

**D. L.:** Decreto ley

**D. Leg.:** Decreto legislativo

**Derecho:** Derecho - Revista del Programa de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**E.S.:** Ejecutoria Suprema

**FJS:** Feuilles juridiques Suisses - Suiza

**J.f.RS. u. RT.:** Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechts Theorie - República Federal de Alemania

**La Ley:** Revista jurídica Argentina - "La Ley" - Buenos Aires

**Materialien:** Materialien zur Strafrechtsreform - República Federal de Alemania

**NJW:** Neue juristische Wochenschrift - República Federal de Alemania.

**Rev. de d. y cienc. polít.:** Revista de Derecho y Ciencias políticas - Revista del Programa de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Rev. de d. pen. y crim.:** Revista de Derecho Penal y Criminología - Argentina

**Rev. de la uni. ext.:** Revista de la Universidad Externado de Colombia

**RF:** Revista del Foro - Perú

**Rev. sc. cri m.:** Revue de science criminelle et droit pénal comparé - Francia

**Rev. de crim. et poi. tech.:** Revue internationale de criminologie et de police technique - Suiza.

**Rev. in t. de d. p.:** Revue internationale de droit pénal - Francia

**RJP:** Revista de jurisprudencia peruana - Lima

**RPS:** Revue Pénale Suisse - Suiza

**RT:** Revista de los Tribunales - Perú

**Riv. di d. e proc. pen.:** Rivista di diritto e procedure penale - Italia

**Riv. int. di fil. del d.:** Rivista internazionale di filosofia del diritto - Italia

**Riv. pen.:** Rivista italiana di diritto penale - Italia

**zstw:** Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft - República Federal de Alemania

\* En la bibliografía, inserta al final del libro, aparece en negrita la forma abreviada empleada en las citas de pie de página. En relación con los artículos, se hace referencia, en abreviaturas, al nombre de las revistas en que fueron publicados, sin indicar el título, ya que éste es mencionado en la bibliografía general. Las disposiciones legales citadas, sin hacer referencia al nombre o número de la Ley o Decreto ley a que pertenecen, corresponden al Código Penal peruano de 1924.



**PRIMERA PARTE**  
**FUNDAMENTOS GENERALES**

## 1. Jus puniendi

### 1. El derecho penal: medio de control social

El derecho penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos (1). Cualquiera que sea el sistema político-económico de una sociedad, el Estado tratará de "desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social" (2).

El derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común (3). Mediante él, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados (art. 150 C.P.) o, queridos o no, deben ser ejecutados (art. 183 C.P.). A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de "ciertos esquemas de vida social" (4). Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal (5).

La actividad punitiva constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. La orientación que dé a su actividad penal, está determinada por las opciones socio-políticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad, en general. Por ello, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general (6).

El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona. En relación con la pena, el art. 1 C.P., se refiere a la "privación i restricción de derechos".

Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena, y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción; y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva.

Esta compleja problemática, que afecta los fundamentos mismos del derecho penal, ha tratado de ser resuelta mediante es estudio del fin y naturaleza de la pena. No es otra la finalidad de los denominadas teorías de la pena: absoluta, relativa y mixta. Con Ross (7), podemos afirmar que una mirada a la literatura especializada convencerá, inmediatamente, que los que se discute no es otra cosa que los principios fundamentales reguladores del sistema penal.

### 2. Acciones que deben ser reprimidas penalmente: bienes jurídicamente protegidos

Con la finalidad de orientar la conducta de las personas, mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles; ya que objetivo del derecho penal es evitar su realización.

Una conquista del derecho penal liberal es el de haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ahí que se considere que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales (8). Esta concepción, surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona y cuy base era la teoría del contrato social (9).

La noción del bien jurídico, elaborada por Birnbaum, fue introducida por Binding en la sistemática del derecho penal y transformada por Franz von Liszt en tema central del mismo (10). El criterio de von Liszt respecto al bien jurídico, fue de carácter sociojurídico y a él se vinculan casi todas las tentativas, actuales, realizadas para mejor concretar su concepto.

Si bien los autores discuten en cuanto a la noción de bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material. Así tenemos que Maurach y Baumann (11) consideran que los bienes jurídicos son los "intereses jurídicamente protegidos", y Welzel (12) expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos. Michael Marx (13) afirma que los bienes jurídicos pueden ser materialmente definidos, como aquellos bienes (Gegenstände) necesarios al hombre para su libre autorealización.

En tanto, Roxin (14) manifiesta que se trata de "condiciones valiosas" en las que se concretizan los "presupuestos imprescindibles para una existencia en común". Rudolphi (15), por el contrario, estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no se tiene en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de "unidades de función"; Es decir, no se trata de cualquier interés, sino de su "función en la sociedad".

Todos estos esfuerzos no han logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo "una noción oscura y discutida" (16). De otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revela como más apto para cumplir esta tarea limitadora de la acción punitiva del Estado. La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones (17). Mas este criterio no deja aún de ser inseguro. Esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos (18). Sin embargo, es de admitir que la Carta fundamental bien puede servir como base y marco a la actividad legislativa en materia penal. Lo que interesa es no dejar, en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos y de cuales son los comportamientos que deben ser prohibidos. Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal (19). Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad de acción, de expresión y de creencia, etc. Se trata, en realidad, de aquellas condiciones fundamentales que para Hart (20) constituyen el "mínimum de derecho natural" que es necesario reconocer. Admitir un criterio opuesto, implicaría caer en un exagerado formalismo.

A diferencia de la Constitución de 1933, la vigente, contiene una lista detallada de los derechos de la persona (art. 2) y, además, regula otros derechos en sus diversas disposiciones. De esta manera, se ha reconocido nivel constitucional a diversos intereses individuales y sociales considerados fundamentales. Normativamente, esto constituye un progreso en comparación con la situación reinante antes de 1979. La Constitución no limitaba, en realidad, la actividad legislativa del Gobierno, ya que el art. 5 del Estatuto del Gobierno Revolucionario (D.L. 17063 del 3 de octubre de 1968), disponía que "El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto, leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario". El artículo 2 del indicado Estatuto, disponía: "el gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada tiene por finalidad principal, alcanzar los siguientes objetivos: a) transformar la estructura del Estado, haciéndola más dinámica y eficiente para una mejor acción de gobierno; b) promover a superiores niveles de vida, compatibles con la dignidad de la persona humana, a los sectores menos favorecidos de la población, realizando la transformación de las estructuras económicas, sociales y culturales del país; c) imprimir a los actos de gobierno un sentido nacionalista e independiente sustentado en la firme defensa de la soberanía y dignidad nacionales; d) moralizar el país en todos los campos de la actividad nacional y restablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la ley y el imperio de la justicia; e) promover la unión, concordia e integración de los peruanos, fortaleciendo la conciencia nacional". Está demás decir que estos objetivos no fueron alcanzados.

La mejora constitucional no constituye la solución del problema planteado; si bien ahora se han precisado mejor los bienes fundamentales, mediante la enumeración de las pretensiones reconocidas a las personas y a la sociedad, no se puede deducir que todos ellos merezcan protección penal. La manera como sean comprendidos y el modo como se utilice el derecho penal, son factores decisivos en la actividad legislativa. En ésta se refleja, pues, la incertidumbre reinante en la determinación del contenido y la amplitud de la noción de bien jurídico; por ejemplo, cuando se estima como indispensable rodear a casi todo acto legislativo con un cinturón de protección penal, o al regular y clasificar las infracciones, en particular. La simple lectura de nuestras leyes, permite constatar lo primero. En relación a lo segundo, basta recordar el caso del Código Sanitario (D.L. 17505 del 18 de marzo de 1969; derogado parcialmente por el D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981), el que se basaba en una noción de "salud" (bien que se quería proteger) tan amplia, que permitía considerar como delitos contra la salud desde el incumplimiento o la violación de la "norma de salud" (!), hasta el plagio, ocultación o sustitución de un niño, y el arrendamiento de las cosas sin contar con las condiciones higiénicas y sanitarias para el uso a que están destinadas; pasando por la huelga de hambre, las autolesiones graves inferidas voluntariamente; asimismo, la reclusión de una persona mentalmente sana en una clínica o asilo de alienados, etc. De esta manera, muy bien se podría considerar que casi toda acción delictuosa constituye un atentado contra el bien "salud". Esta imprecisión respecto al bien jurídico protegido, ha determinado, igualmente, la deficiente manera de describir el llamado "delito de terrorismo", en el D. Leg. 46 del 10 de marzo de 1981. ¿Se trata de proteger la vida, el patrimonio, la tranquilidad pública, el Estado, la sociedad o, más bien, "la seguridad interior de la República"? En ningún momento, la noción de salud, admitida en el Código Sanitario, o la vague dad del bien jurídico considerado al regular el "delito de terrorismo", podían servir de factor limitado de la acción punitiva del Estado.

### 3. Moral y represión penal

El recurrir al criterio de bien jurídico como elemento objetivo para la determinación de las acciones prohibidas, implica, consecuentemente, admitir la concepción de que sólo deben ser reprimidas penalmente las acciones que constituyen un atentado contra tales bienes vitales para la vida comunitaria. En este sentido, sólo las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal. Es decir, las que atentan contra un bien jurídico.

La presencia evidente e impositiva de esta protección brindada pro la ley penal a los bienes jurídicos, ha determinado que la mayor parte de los juristas reconozcan en ella la tarea primaria y fundamental del derecho penal (21). Sin embargo, no es de olvidar que, conforme lo señalamos al principio (22), a través del derecho penal el Estado busca, al igual que con el derecho en general, que las personas se comporten de acuerdo a ciertos esquemas sociales; esto es, a forjar y consolidar en ellas cierta conciencia social. El sistema penal tiene la capacidad de inculcar en la población ciertos valores y juicios, los que a su vez se manifestarán en esquemas comunes de conducta moral, que constituyen una barrera contra las tendencias delictivas. De allí que se hable de su "capacidad de crear usos y de reforzar la moral" (23).

De esta constatación, no obstante, no se puede deducir que la prohibición penal de una acción dependa de su carácter inmoral. Admitir este criterio significaría retroceder a una época superada, en la que se confundía pecado y delito. Quien detenta el poder punitivo, no está, en absoluto, facultado y castigar sólo por su inmoralidad, conductas que no atenten contra un bien jurídico (24).

Es asimismo inexacto considerar al derecho penal como un "mínimum ético" (25). En primer lugar, porque las leyes penales no comprenden todos los actos inmorales graves (26) y, en segundo lugar, porque en ellas se consideran, sobre todo en el dominio del derecho penal complementario, muchas acciones que no son inmorales; pero, que es necesario evitarlas; por ejemplo, aquellas referentes a la circulación, a la construcción, al comercio, a la higiene pública, etc. (27).

Un ejemplo muy claro en nuestro ordenamiento jurídico, es la no punibilidad del delito de incesto. Invocar el carácter altamente inmoral de la acción consistente en tener relaciones sexuales, sin usar la violencia, con la hermana mayor de edad, no descarta que se vicie el principio de legalidad, fundamento del derecho penal liberal (28). El legislador no debe orientarse por lo que es bueno o malo, sino por lo que es dañino o positivo para la sociedad. De allí que en las legislaciones en las que

no se reprime el incesto, haya prevalecido el criterio de que su represión puede ocasionar más perjuicio que beneficio para la familia en las que la infracción se ha producido (29).

El negar que el carácter inmoral de un acto sea determinante para considerarlo penalmente reprimible, no significa un desconocimiento de la estrecha relación existente entre el sistema jurídico penal y el sistema moral de una sociedad. Las reglas morales constituyen, de la misma manera que el derecho penal, uno de los medios encausadores del comportamiento de las personas. La influencia de esta reglas, así como del ideal moral imperante en el grupo social que gobierna, es notable en diversos aspectos del sistema penal. Sus dominios coinciden parcialmente, de manera que sus relaciones se pueden graficar mediante dos círculos secantes. Por eso afirmábamos, líneas arriba, que no toda acción sancionada con una pena es inmoral (30).

Asimismo, es cierto que a pesar de las diferencias existentes entre ambos sistemas normativos, no deben distanciarse demasiado. La estabilidad del sistema penal - lo mismo se puede decir del resto del ordenamiento jurídico, en general - reposa, en buena parte, en su armonía con la moral (31), de lo cual, sin embargo, no puede deducirse que el derecho debe ser, de manera particular, conforme con la moral y que de esta singular relación depende su validez. Tampoco se puede afirmar, por tanto, que el derecho sea moralmente neutral (32).

La promulgación muestra que las leyes penales o su derogación puede producir el surgimiento o la desaparición de modelos morales; pero, frecuentemente, el derecho penal está a la zaga de la moral (33).

La experiencia muestra que las leyes penales tendientes a imponer a los individuos un alto nivel moral, son más dañinas que beneficiosas (34). En nuestro medio, se afirma con cierta frecuencia, como tarea del Estado la "moralización del país". Así, por ejemplo, recordemos que en el art. 2, inc. d, "ab initio", del Estatuto del Gobierno Revolucionario D.L. 17063 se disponía como objetivo "moralizar al país en todo los campos de la actividad nacional". El presupuesto de esta disposición fue la convicción del Gobierno Revolucionario, al momento de tomar el poder, de que el país se debatía en una "crisis en lo político, económico y moral", y que era necesario el "restablecimiento de los valores morales", que aseguren a la Patria la consecución de sus superiores destinos (35).

Este objetivo de moralizar al país, fue invocado en los considerandos de diversos decretos leyes. Así, por ejemplo, en el D.L. 17779 (19 de agosto de 1969) que establecía normas para un mejor control de la evasión tributaria; en el D.L. 17338 (del 24 de enero de 1969) que preveía la penal de muerte en casos especiales de delitos de raptó y contra el honor sexual (este D.L. fue posteriormente modificado); en el D.L. 18965 (del 21 de setiembre de 1971) que tiende a evitar privilegios entre los inculpados, acusados o reos detenidos, que requieren atención hospitalaria; en el D.L. 19397 (del 9 de mayo de 1972) que estatúa sanciones ejemplarizadoras contra quienes cometan adulteración, acaparamiento y especulación de artículos alimenticios; en el D.L. 17106 (del 8 de noviembre de 1968) en el que se aumentaban las penas por los delitos contra los deberes de función. Este mismo criterio ha sido sostenido por los dirigentes del nuevo gobierno constitucional (ver mensaje del Presidente Alan García, del 28 de julio de 1985).

No obstante, lo que se entiende por "moralizar" no aparece suficientemente claro. Se puede tomar en el sentido de lograr que los individuos no incurran en la comisión de infracciones. Lo que viene a ser una formulación negativa del objetivo primario del ordenamiento jurídico, consistente en hacer que las personas se comporten de una manera determinada. Debemos evitar, de otro lado, comprender este término en el sentido de que el Estado es productor de normas morales, o que su función sea imponer, coactivamente, comportamientos acordes a dichas normas. Es decir, de imponer una moral única. Lo que sí aparece evidente, de las normas legales antes citadas, es que se considera como el medio más idóneo para alcanzar la moralización del país, la imposición de penas severas. Esto aparecía, expresamente, en el último considerando del D.L. 17106, cuando "ad letera" se decía: "que sin una adecuada sanción de los delitos que se cometan en el ejercicio del cargo, no es posible moralizar la administración pública".

#### **4. Desvalor de la acción y desvalor del resultado**

Al sostener que sólo los atentados contra los bienes jurídicos podían ser considerados como merecedores de represión penal, no afirmábamos que toda acción de este tipo debería ser reprimida penalmente. Un elemento indispensable es la naturaleza de la acción dirigida contra los bienes jurídicos, en la que juega un papel descollante el aspecto subjetivo (intención motivada, etc.).

Debido a esto último es impreciso el criterio de distinción entre derecho y moral, consistente en señalar que el primero se ocupa del comportamiento externo y la segunda del interno. La evolución del derecho penal se caracteriza, precisamente, por su tendencia constata a tener en cuenta, cada vez más, los factores internos de la acción delictuosa (36).

El doctrina, se oponen dos concepciones respecto a lo que determina el carácter delictuoso de una acción. Una, afirma que es el hecho de constituir un atentado contra un bien jurídico ("desvalor del resultado"). La otra, sostiene, por el contrario, que la infracción se caracteriza por la deslealtad del individuo a los valores ético-sociales ("desvalor del acto").

Los defensores del primer criterio afirman que la tarea del derecho penal es la protección de los bienes vitales para la vida comunitaria; los sostenedores del criterio del "desvalor de la acción", consideran que dicha función es "asegurar la vigencia inquebrantable" de los valores ético-sociales, único medio para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos (37).

Conforme a lo expuesto por nosotros en las páginas precedentes, no nos es posible afirmar que uno de los dos grupos sostenga la opinión correcta. Nos parece más exacto aceptar que la acción delictuosa no puede ser concebida sin tener en cuenta ambos factores: el desvalor del resultado y el desvalor de la acción. Stratenwerth (38) sostiene con razón que "la violación del bien jurídico en sí, independiente de la acción que la produce, se presenta como un fantasma, como un producto de la dogmática, al cual no corresponde realidad alguna".

Respecto a la tarea del derecho penal, lo volvemos a reiterar, se trata de una realidad compleja que no puede ser descrita unilateralmente. Vale decir, haciendo relevante tan sólo uno de sus aspectos, y negando o desvalorizando los otros (39).

## 5. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal

Luego de haber precisado las relaciones del derecho penal con la moral, en relación con la determinación de las conductas que deben ser penadas, y teniendo en cuenta que el derecho penal desarrolla su acción como parte del orden jurídico en general, y que es un instrumento de la política social del Estado, podemos señalar su carácter fragmentario y secundario.

Fragmentario, en el sentido de que no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni a la defensa de los bienes escogidos frente a cualquier tipo de ataque; y menos aun pretende reprimir toda acción moralmente reprochable (40).

Para Binding (41) esta carencia del derecho penal es fruto de las deficiencias de la técnica legislativa. Actualmente, esta concepción es rechazada por la mayor parte de penalistas, quienes afirman, que pertenece a la "naturaleza" del derecho penal su fragmentariedad. Todos estos esfuerzo doctrinales se dirigen a evitar que el Estado abuse del derecho a castigar. Quienes pretenden negar este carácter fragmentario del derecho penal, piensan que su reconocimiento conduce a un debilitamiento de la moral de la población (41). Pero, ya hemos visto que es incorrecto pensar que la función del Estado sea la imposición coactiva de una moral determinada. Es preferible dejar en manos de los miembros de la comunidad, un amplio margen de acción en el dominio de sus convicciones morales, por lo que no debe abandonarse el principio liberal de que "lo que no está prohibido está permitido" (43). El uso limitado de la represión penal por parte del Estado, es exigido, igualmente, por la grave afectación de los derechos fundamentales del individuo que comporta la sanción. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea absolutamente necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones. De allí que se hable de la penal como de la "*última ratio*". Al no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia del derecho penal, lo que conduce a la creación de situaciones que, precisamente, se busca combatir (44).

El derecho penal no debe ser manipulado como un medio totalmente independiente de los restantes recursos y procesos que conforman el arsenal del "control social" estatal. Constituyendo relaciones y condiciones sociales las causas de las acciones delictuosas, la lucha contra ellas debe realizarse, en primera línea, no mediante la pena sino con intervenciones sobre dichos factores sociales (45). Respecto a este carácter secundario del derecho penal, Maurach (46) sostiene que no se trata sino de una exigencia ética planteada al legislador.

De la accesoriedad del derecho penal, no puede deducirse su dependencia de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Entre ellas existe una estrecha interrelación, distinguiéndose en cuanto a los medios de reacción (penas y medidas de seguridad en derecho penal; y su sistema conceptual se halla fuertemente determinado por la peculiaridad de sus fines específicos (47).

## **6. La pena: fundamentos y fines**

En doctrina, al estudiarse las funciones de la pena (o del sistema penal), se contraponen, tradicionalmente, dos corrientes: tema penal), se contraponen, tradicionalmente, dos corrientes: una, designada como teoría absoluta de la pena, y cuyos defensores sostienen que la pena no tiene un fin específico, sino que es impuesta como retribución o expiación del mal causado (se señala como sus más altos representantes a Kant y a Hegel); la otra es la denominada teoría relativa de la pena. Sus propugnadores afirman que el fin de la pena es evitar la comisión de futuros delitos, mediante la intimidación de terceros (prevención especial). como representantes principales y clásico de esta corriente se señala a Feuerbach y Franz von Liszt. La oposición de estos dos grandes grupos ha tratado de ser superada por los propugnadores de la denominada teoría unitaria, quienes afirman que la pena es retribución y que sus fines deben ser alcanzados dentro de los límites que ésta establece. SE puede sostener que esta posición es la dominante, hoy en día, entre los penalistas (48).

Expuesta de esta manera la problemática de la pena, no parece del todo correcta, ya que no existe una contraposición entre prevención y retribución. Los partidarios de ambas concepciones responden, en realidad, a preguntas diferentes, por lo que sus respuestas deben ser distintas (49).

Desde este punto de vista, se indica que lo afirmado por Kant, Hegel o Binding, en torno a la penal, es una respuesta a la pregunta sobre la justificación de la pena y so sobre su finalidad. Ellos se ocupaban del problema filosófico-moral de si el Estado tiene el derecho de imponer el sufrimiento d la pena, y respondían que su fundamento se encontraba en que el individuo había cometido culpablemente una infracción y no por consideraciones de utilidad social (50). Es en este sentido que la concepción de estos autores sigue siendo válida para sistemas jurídico-penales como el nuestro. En éstos se considera la retribución, esto es a la culpabilidad, como presupuesto esencial para la imposición de la pena. La privación o restricción de derechos impuesta a una persona no considerada culpable, no puede ser calificada como pena, aunque aquella consista en dicha privación o restricción. La invocación de cualquier otro motivo, por ejemplo, que se impone la pena para bien del imputado o por el bien de la comunidad, no tiene relevancia alguna (51).

Es por lo anterior que el principio "no hay pena sin culpabilidad" puede constituir una garantía propia a derecho penal liberal.

Debe tenerse en cuenta que nos referimos a la justificación de la imposición de la pena y que con esto no se niega que tenga un fin o fines diversos. Además, lo mismo parece haber sido sostenido por los defensores, calificados de clásicos, de la "retribución" (52). Al respecto debe considerarse igualmente que el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad - presupuesto de la retribución y condición para la imposición de una pena - tiende también a la determinación de futuros comportamientos.

El concepto de culpabilidad ha sido puesto en tela de juicio desde hace bastante tiempo, y no sólo por los seguidores de las ideas positivistas italianas; aun sus defensores ponen de relieve su inconsistencia. Así, últimamente, Stratenwerth (53) ha escrito en Alemania Federal que "el derecho penal se encuentra en una incómoda situación de facto: el principio de la culpabilidad es tan indispensable como dudoso". Este mismo autor sostiene que permanece incierto que a la culpabilidad concebida penalmente corresponda una culpabilidad real. Además, se ha observado que el libre albedrío, presupuesto de la culpabilidad, no puede ser demostrado (54). No obstante, estos autores

admiten la necesidad de mantener este concepto, sin el cual disminuirían las posibilidades de limitar el poder punitivo estatal. De ahí que se hable del principio de garantía de la culpabilidad (55). Sin embargo, la admisión de la culpabilidad (retribución) no implica aceptar que toda culpabilidad debe ser perseguida penalmente. Es decir, que es incorrecto afirmar que no hay culpabilidad sin pena. El ejercicio del poder punitivo se halla condicionado por el complejo de circunstancias que constituyen el fundamento y la finalidad del derecho penal y del derecho en general, instrumentos, por último, de la política criminal que es parte de la política social general de Estado.

Las denominadas teorías relativas de la pena, afirman, como respuesta a la pregunta sobre los fines de la pena, que el fin primario del derecho penal será alcanzado a través de la prevención general o de la prevención especial. Tampoco es de considerar como incompatibles a ambos recursos; bien por el contrario debe reconocerse que es necesario dosificarlos de acuerdo a una política criminal eficaz.

Lo que es incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El "para qué" se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad.

Una pena que no guarde estas proporciones no será comprendida por la población y será nulo su efecto de prevención general. Esta depende, en general, de la capacidad del sistema para plasmar y reforzar en los individuos la desaprobación moral de los infracciones (56).

Es pues, ingenuo pensar cuanto más severas sean las penas, mayor será su efecto de prevención general. Esta se halla más bien en directa relación con la oportunidad y la eficacia de la persecución penal (57). Entre nosotros no se tiene en cuenta esta realidad y cada nueva ley, ampliadora y modificadora del sistema represivo, comporta casi siempre, un aumento de la escala de penas. En el texto original de nuestro Código se materializaba el criterio correcto. No figuraba la pena de muerte y las escalas penales eran proporcionadas (58).

Los efectos negativos de la actual orientación de nuestra legislación penal se multiplican debido a que la función de prevención general es la única que podría ser cabalmente utilizada en nuestro país, ya que no se cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo con cierta eficacia la función de "prevención especial".

Las críticas formuladas a la teoría relativa de la prevención general son comprensibles en la medida en que se pretende con ella resolver los problemas referentes a determinar qué acciones deben ser declaradas infracciones, al fundamento de la pena y a sus fines. Pero, desde el momento en que se replantea el problema de la manera como lo hemos hecho, siguiendo a Ross, tales observaciones carecen de sentido. La única que guarda cierta relevancia es la referida a su real eficacia. Se dice que no ha sido posible comprobar, hasta ahora, los alcances de la prevención general, y que en buena cuenta, la comisión de cada delito, en sí mismo, una prueba en contra de su eficacia (59).

Esto sería exacto, si se afirmase que debido al temor provocado por la amenaza penal, se evita la realización de delitos (dato imposible de constatar). Lo que no se puede negar es que algunas personas no delinquen porque saben que se harían acreedoras a una sanción. cuyo aspecto más temido es el grave juicio de desvalor que implica (60). Aún más, la intimidación puede ser tan sólo uno delictuosa. Esto no varía sustancialmente la situación, porque la pena es (no está demás recordarlo) uno de los medios de orientación del comportamiento humano y que ella constituye el extremo y más burdo medio de prevención general (61).

Según la teoría de la prevención especial, la pena se ejerce, en principio, con el fin de beneficiar al delincuente, quien mediante un idóneo tratamiento durante la ejecución de la pena debe ser reconducido al buen camino; reintegrado al medio social al margen del cual se colocó cometiendo la infracción. Es decir, se trata de influir en la personalidad del individuo de manera tal que no vuelva a cometer otro delito, una vez que se reintegre a la vida comunitaria normal.



Este objetivo ha sido siempre atribuido a la prisión y su incumplimiento ha sido igualmente una crítica que se le ha formulado desde sus orígenes (62). En la legislación y en la doctrina modernas, se acentúa este aspecto de la pena. Los últimos procesos de reforma tienden, precisamente, a hacer de la pena un instrumento de resocialización, sin abandonar su aspecto retributivo y preventivo general. En Suiza, cuya legislación tanto influyó en nuestro codificador de 1924, el legislador partiendo de las ideas de Carl Stooss, ha atenuado de manera clara el aspecto represivo de su sistema penal; para lo cual utiliza como eje el principio de la "resocialización". El texto actual del art. 37, No. 1, inc. 1, C.P. suizo, estatuye que "las penas de reclusión y de prisión serán ejecutadas de manera que se ejercite sobre el detenido una acción educativa y a preparar su retorno a la vida libre". La simple lectura de la Ley federal del 18 de marzo de 1971, permite constatar que las modificaciones al sistema de penas del Código suizo, tienden a facilitar una mayor individualización de la ejecución de la pena y una mejor preparación del delincuente para su reintegración en la sociedad (63). La misma idea ha sido consagrada en nuestra legislación. En el nuevo Código de Ejecución Penal, promulgado por D. Leg 330 del 6 de marzo de 1985, se dispone que la "ejecución de las penas y medidas privativas de libertad ... tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del internado a la sociedad" (arts. I del título preliminar y 61). De esta manera, se confirma la concepción de nuestro codificador, quien declaró obligatorio el trabajo en los establecimientos penales (art. 132 C.P.) y la "instrucción religiosa y moral" e igualmente, la "educación intelectual y física" (art. 134 C.P.). Por esto, no anduvo el legislador del todo equivocado, cuando afirmó, en la exposición de motivos del Código, que "adopta, en la medida posible entre nosotros, como criterios de penalidad, el de las nuevas escuelas sintetizadas por von Liszt en la siguiente frase: la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el hombre" (64).

Si bien la concepción global de Maúrtua (concretada en el Proyecto de 1916 y en el Código vigente) parece ser la "pena fin" (Zweckstrafe) de Franz von Liszt, corresponde más a la de Carl Stooss. Este jurista suizo sostuvo que comprendía a la pena como la justa retribución y que reconocía sus efectos preventivos (65).

Influenciado quizás por Jiménez de Asúa (66), Maúrtua (67) afirmó que "la pena ideal es, sin disputa, la absolutamente indeterminada" y enfatizó que "no se castiga por castigar, sino por garantía social hasta el límite en que concurren la emoción y la defensa colectivas (68). Con estas aseveraciones, no del todo claras, Maúrtua se coloca en el terreno de la pena "prevención especial", posición que no puede ser aceptada porque, en el plano teórico, no puede explicar toda la compleja problemática de la justificación, de los fines de la pena y de la determinación de las acciones que deben ser penalmente prohibidas. En el plano práctico, conduce a un "derecho penal" en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso (69). Para evitar este grave peligro, no basta, como lo creía Maúrtua, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria (70). La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí que en países como Suecia, donde se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas.

## **7. Las medidas de seguridad: fundamentos y fines**

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad. Estos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la penal deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso (71).

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su substitución por medidas de seguridad (Escuela positivista italiana, Defensa social extrema).

Nuestro codificador, siguiendo a los proyectos suizos (72), incorporó al sistema de sanciones del Código diversas medidas de seguridad: el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables y/o imputables relativos; la colocación del agente que lleva una vida desarreglada, en una casa de trabajo; la colocación de los alcohólicos en una casa de tratamiento y de trabajo; el internamiento en

una casa de trabajo para indígenas semicivilizados y degradados por la servidumbre y el alcoholismo. La aplicación de una de estas medidas requiere, que la personalidad del agente se adecue a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito. En todos los casos, a excepción de los inimputables, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena. Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

En la dogmática penal, se han realizado tentativas para encontrar una justificación a estas medidas. Welzel (73) considera como base de las medidas de seguridad el principio ético-social general, de que sólo puede participar, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas. Y como, según él, la libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad, mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad (enfermos mentales) o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella (viciosos, alcohólicos, etc.). Stratenwerth (74), criticando la tesis de Welzel, estima, por el contrario, que la justificación de las medidas de seguridad debe buscarse en el interés preponderante de impedir la comisión de acciones delictuosas.

1. KÖNIG, Soziologie, p. 280.
2. MALHOFER, J.f.RS. u R.T., Vol. 1, p. 28.
3. HART, El concepto de derecho, p. 51.
4. ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 83 y s.
5. HART, El concepto de derecho, p. 49. Este autor reconoce, precisamente en esto, el elemento en que radica el peculiar carácter del derecho penal "como medio de control social".
6. Ver infra No. 8.
7. Colpa, responsabilità e pena, p. 65.
8. JESCHECK, Lehrbuch, A.T., p. 5.
9. CALLIES, Theorie der Strafe, p. 131.
10. Sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico, ver: Sina, Dogmengeschichte, p. 19-41.
11. MAURACH, Strafrecht, A.T., p. 213; BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 143. MAURACH dice expresamente: "Als Rechtsgut kann nur ein von der gesamtheit oder den massgebenden Schichten der Staatlichen Gemeinschaft anerkanntes Interesse gelten".
12. Strafrecht, p. 4.
13. Zur Definition, p. 62.
14. Problemas básicos del derecho penal, p. 21.
15. RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, col I, A.T., vor Art. 1, No. 8.
16. RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, vol I, A.T., vor Art. 1, No 3.

17. RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, vol, I, A.T., vor Art. 1, No. 5; MUSCO, Bene giuridico, p. 94 y s.
18. Ver la exposición de MUSCO, Bene giuridico, p. 95-96.
19. MARX, Zur Definition, p. 16.
20. HART. El concepto de derecho, p. 239.
21. Ver: BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 9 y s.
22. Ver este mismo acápite, párrafos anteriores.
23. ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 86.
24. ROXIN, Problemas básicos de derecho penal, p. 88. JAEGER dice, muy claramente, que "en las decisiones político-jurídicas es mejor no mezclar la moral, por lo menos como criterio para determinar qué acciones concretas merecen ser castigada", in Sexualidad y crimen, p. 296.
25. Jellinek fue quien hizo conocida esta afirmación: Die sozialetische Bedeutung, p. 42. Actualmente, STRATENWERTH Strafrecht, A.T., p. 28. En la segunda edición de su obra (1976), esta autor modifica su planteamiento, sosteniendo que "la referencia a la ética social ofrece eventualmente una medida crítica al derecho vigente", No 4.
26. MANNHEIM, Kriminologie, vol, I, p. 61-62.
27. Ver: ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 88; BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 7-8.
28. Ver infra No. 39.
29. El legislador suizo, no seguido en este punto por nuestro codificador, afirmó en la exposición de motivos del Proyecto de 1918 que el incesto: "provoca una repulsión tan viva" que reclamamos sea severamente sancionado. Projet 1918, p. 51.
30. HART. El concepto de derecho, p. 212; MANNHEIM, Kriminologie, vol, p. 51.
31. HART, El concepto de derecho, p. 251 y 252; MANNHEIM, Kriminologie, vol. I, p. 79.
32. Cf. HART, El concepto de derecho, p. 229; NINO, Responsabilidad penal, p. 270 y s.; en especial, p. 283; BARATTA, Criminología y dogmática penal, en la Reforma penal, Mir Puig, p. 57.
33. Cf. MANNHEIM, Kriminologie, vol. I, p. 40; HART, El concepto de derecho, p. 227; ROOS, Colpa, responsabilità e pena, p. 62. Este último autor evita hablar de moral como un sistema objetivo, p. 9.
34. BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 8.
35. Manifiesto del Gobierno Revolucionario de 13 de octubre de 1968, in Pareja, Derecho Constitucional, p. 600-601.
36. MANNHEIM, Kriminologie, vol. I, p. 59
37. Entre los primeros es de señalar a BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 12; WÜRTEMBERGER, La situazione spirituale, p. 99, 102-103. Entre los segundos Welzel, Strafrecht, p. 4.
38. RPS 1969, p. 243.

39. En Alemania Federal sostienen un criterio sincrético, MAURACH, Strafrecht, p. 225; STRATENWERTH RPS 1969, p. 245; JESCHECK, A.T. p. 6.
40. MAIWALD, Maurach Festschrift, p. 9-10.
41. Lehrbuch, B.T., vol. 1, p. 20.
42. BAUMANN, Programm, p. 18; Arthur KAUFMANN, Schuld, p. 160; MÜLLER-DIETZ, Strafe, p. 10.
43. Ver infra No. 27.
44. Cf. ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, p. 21-22.
45. CALLIES, Theorie der Strafe, p. 129.
46. Strafrecht, A.T., p. 27.
47. MAURACH, Strafrecht, A.T., p. 28 y s.; JECHECK, Strafrecht, A.T., p. 37.
48. BAUMANN, Strafrecht, A.T., p. 12.
49. Cf. RABOSSO, Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 192; ROSS expone, claramente, in Colpa, responsabilità e pena, p. 78-79, que "cuando se dice que se pena para prevenir delitos, se responde a la pregunta: ¿Cuál es el fin de la legislación penal? Cuando se dice que se pena porque el reo está incurso en una culpa jurídico-moral, con esto se responde a la pregunta: ¿con cuál motivación jurídico-moral se impone la penal?".
50. ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 237.
51. ROXIN opina, por ejemplo, en Problemas básicos de derecho penal, p. 29, que si se pena considerando la necesidad de evitar comportamientos delictuosos de terceros, sería lo mismo que, por muy dura que parezca la comparación, admitir "la responsabilidad por el azar o la estirpe".
52. Así ROSS afirma, en Colpa, responsabilità e pena, p. 81, que si en realidad ningún representante de la teoría retributiva ha sostenido que las leyes penales no miran a la prevención de futuras infracciones.
53. Strafrecht, A.T., p. 23-24; ver la segunda edición, p. 22-23.
54. ROXIN, Problemas básicos de Derecho Penal, p. 13.
55. JESCHECK, Strafrecht, A.T., p. 14 y s.
56. ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 225.
57. STRATENWERTH, Strafrecht, A.T., p. 22.
58. BASADRE, República, vol. XIII, p. 288, considera que esto estaba de acuerdo con el optimismo del "Derecho penal blanco" que imperó antes de que se difundieran los dogmas autoritarios de los extremismos de izquierda y derecha surgidos después de la primera guerra mundial
59. ROXIN, Problemas básicos de derecho penal, p. 18-19.
60. Cf. HOERSTER, Archiv, p. 274. La mayor parte de los especialistas reconocen particularmente eficaz esta función de la pena en el caso de los individuos que son calificados de delincuentes ocasionales. Ver: JESCHECK, Strafrecht, A.T., p. 3.

61. Cf. NOLL, Die etische Begründung, p. 25.
62. FOUCAULT, Surveiller, p. 269, 274.
63. HURTADO, Derecho, No. 30, 1972, p. 103 y s., así como la bibliografía citada.
64. Código Penal, edición oficial, p. 166.
65. STOOSS, RPS 1901, p. 387.
66. La sentencia indeterminada.
67. Código Penal, edición oficial, p. 164. En líneas siguientes a la frase citada, dice Maúrta: "La pena indeterminada es la única razonable, la única pena puede decirse".
68. Código Penal, edición oficial, p. 169.
69. ROXIN, Programm, p. 76-77; ROSS, Colpa, responsabilità e pena, p. 202.
70. Código Penal, edición oficial, p. 169.
71. Sobre las relaciones entre penas y medidas de seguridad, ver: la obra de Jorge BARREIRO, Las medidas de seguridad, p. 163-189.
72. Cf. Código Penal, edición oficial, p. 172; ver infra No. 21.
73. Strafrecht, p. 335; Jorge BARREIRO, Las medidas de seguridad, p. 87 y s.
74. Strafrecht, A.T., p. 32.

## 2. Política criminal, derecho penal y criminología

### 8. Noción de política criminal

A la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas (lato sensu) que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico(1), se le denomina política criminal. Todo sistema tiene por objeto una determinada política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

Por esto, se ha considerado que la política criminal se presenta bajo dos aspectos: primero, como una disciplina o un método de observación de la reacción anticriminal; tal como es, efectivamente, practicada. Y, segundo, como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva (2).

La política criminal es, en consecuencia, una parcela de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general. La programación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y a determinar los lineamientos y los medios más eficaces. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada únicamente por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la "opinión pública", originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del "golpe por golpe", del "coup par coup"); o destinada a satisfacer, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la comisión frecuente de ciertos delitos.

De allí que una racional y coherente política criminal suponga un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben, como afirma Marc Ancel, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales (3).

### 9. Dogmática penal

En especial entre los penalistas, se utiliza el término dogmática con frecuencia; pero sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia penal. El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos científicos. Su labor es descrita como el estudio del derecho con el fin de hacer más fácil su aplicación.

De otro lado, la dogmática es calificada de no científica. De modo que el sustantivo "dogmática" y el adjetivo "dogmático" han adquirido una significación peyorativa. Las severas críticas formuladas contra su labor intelectual han impulsado a los juristas a replantear sus ideas respecto a sus métodos y finalidades.

Tradicionalmente, la dogmática ha sido caracterizada señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuesta a todo conflicto jurídico. Segundo, la ley adquiere - una vez promulgada - vida autónoma. Su significado evoluciona conforme a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas - científicos del derecho - revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos, a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y logran así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realiza la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico.

Esta idea tradicional de la dogmática no es, actualmente, aceptada por los juristas. Estos llegan a distinguir entre una "mala dogmática" y una "buena dogmática". La primera vinculada directamente a la concepción conceptualista que se distingue por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su neutralismo axiológico. La segunda, sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y a toda discusión de naturaleza axiológica. Esta distinción no es del todo correcta e impide, por el contrario, un claro planteamiento del problema.

En primer lugar, es de aceptar, sobre todo entre nosotros, que se encuentra fuertemente enraizada la convicción que la función del jurista no es otra que la de descubrir, mediante el análisis de conceptos, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Así mismo, se admite aún una "significación realista" de los conceptos jurídicos: es decir, se cree que tales conceptos son conformes a las estructuras del mundo real. También se afirma, generalmente, que los juristas describen el derecho positivo de manera objetiva y neutral.

En segundo lugar, se debe tomar conciencia de que la persistencia de estas ideas y la opacidad del debate son el resultado de la falta de esclarecimiento respecto a las funciones de la dogmática.

Esquemáticamente, puede plantearse la existencia de una función declarada de la dogmática y otra latente u oculta. La primera, la "oficial" consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones.

Esta dicotomía crea dificultades. Ante todo, debido a que la eliminación de las imprecisiones de la ley conduce necesariamente a escoger como correcta una de las soluciones que se deducen de la ley. Luego, porque este acto de escoger no se realiza mediante el simple análisis descriptivo del derecho positivo, ni sin que el jurista tenga que determinar el grado de conformidad axiológica de las diversas alternativas.

Esta dificultad no puede ser superada dando la preponderancia a una de las funciones (la de describir o la de reconstruir el derecho positivo), en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario de asumir simultáneamente las dos funciones de la dogmática, que deben ser cumplidas con rigor.

La descripción del derecho positivo será más exacta, en la medida en que sean presentados con claridad los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley; en lugar de tratar de convencer que uno sólo de estos resultados es el correcto o posible. Desde esta perspectiva, debe evitarse de hablar de principios, conceptos y teorías como si formasen parte del sistema positivo, cuando no son, en realidad, que productos elaborados por la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal sería más satisfactoria sino fuera concebida como el hecho de explicitar el contenido latente de las reglas jurídicas, sino más bien como el análisis abierto de los juicios de valor en que se basan las soluciones dogmáticas. De esta manera, se evitarían al menos dos críticas importantes: primero, el abuso del "juridismo". Es decir, el "recurso a ficciones que son tomadas luego como realidad y que, debido al abuso de razonamientos abstractos, ocultan, por el contrario, la realidad de la criminalidad". Segundo, el ocultamiento de la toma de posiciones axiológicas subyacentes en la reformulación del derecho positivo. Esta simulación del aspecto esencial de la labor del jurista constituye un obstáculo para la discusión exhaustiva y franca sobre la justificación del criterio axiológico adoptado. Resulta, igualmente, imposible elaborar un sistema coherente de valores implícitos en las proposiciones dogmáticas destinadas a reestructurar el sistema jurídico positivo.

La toma de conciencia de las dos funciones que cumple la dogmática, así como su real cumplimiento, exigen del jurista, en general, y, en particular, del penalista una visión más modesta y puestas y las concepciones elaboradas por los penalistas no son verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a ayudar al legislador, juez e intérprete para encontrar la respuesta adecuada a los problemas jurídicos.

El estudio de las normas positivas "desde dentro" constituye la dogmática jurídica. En lo que se refiere al derecho penal, el dogmático penal parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, reordena sistemáticamente su material, recurriendo a la jurisprudencia y a las opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, conforme sostiene Gioja, no satisface el saber del derecho. También se quieren conocer sus efectos sobre las conductas efectivas de los hombres, sus efectos sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes (4). La tarea del jurista no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera cómo son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen, asimismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, de eliminar sus contradicciones, de subsanar sus insuficiencias (5). Esto no se realiza, ni debe efectuarse dice el planteamiento de los criterios axiológicos que sirven de base.

La dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal.

## 10. Criminología y política criminal

A diferencia de la dogmática penal, la criminología se ocupa del estudio del delito en sus diferentes formas de aparición, investigando sus causas, su significación en la vida de la sociedad y del individuo; estudia, asimismo, la personalidad del delincuente, sus características físicas y psíquicas, su desarrollo y sus posibilidades de tratamiento. Para alcanzar sus objetivos, recurre a los diversos métodos que ofrecen las ciencias naturales y sociales.

Entendida de este modo la criminología, se comprende con gran facilidad la importancia de las relaciones que tiene esta disciplina causal- explicativa con la política criminal y el derecho penal, e, igualmente, los innumerables elementos que les proporciona. Una adecuada lucha contra la delincuencia es imposible sin un conocimiento de la realidad criminógena. Así, pues, estas tres disciplinas se relacionan y complementan recíprocamente.

Como lúcidamente afirmó Marc Ancel (6), en la introducción a la primera edición de su obra "la défense sociale nouvelle": "el problema no consiste, como lo han creído algunos espíritus simplistas, en la supresión de la ley penal o en la subordinación absoluta del jurista al criminólogo, sino en la utilización racional, en el dominio jurídico, de los diferentes datos de la ciencia criminológica. Frente a las transformaciones indiscutibles de la sociedad moderna, continúa el autor francés, el problema esencial es de lograr la elaboración de un sistema de derecho penal que no sea anacrónico, que tenga en cuenta la realidad humana y social y que se esfuerce en hacer esto con el máximo de lucidez y eficacia".

En su opinión, se trata de un problema de política criminal, y según él, de esta manera uno se da cuenta que la ciencia criminal moderna se compone de tres dominios esenciales: la criminología, que estudia en todos sus aspectos al fenómeno delicto; el derecho penal, que consiste en la aplicación y explicación de las normas positivas con las que la sociedad reacciona ante dicho fenómeno; y, por último, la política criminal, arte y ciencia al mismo tiempo, cuyo objeto práctico es, en definitiva, el permitir una mejor elaboración de las reglas positivas, y de orientar al legislador que las redacta, al juez que las aplica, y a la Administración penitenciaria que hace efectiva la decisión judicial.

## 11. Política legislativa nacional en el dominio penal

La manera cómo se proyecta y ejecuta la reacción organizada contra la delincuencia depende de los medios con que cuenta el Estado. Es por ello que para el cabal conocimiento de la política que ha influido en su estructuración y que condiciona su aplicación.

La situación socioeconómica del Perú, país dependiente y subdesarrollado, es el resultado de un largo proceso que tiene sus orígenes en la colonización española. La gravedad de la situación se manifiesta, de manera crucial, en el hecho que el Perú no logra alimentar con sus propios medios la población nacional. Condicionado por esta realidad, ¿cómo el Estado peruano reacciona contra el delito y de qué medios dispone para cumplir con esta tarea?

Trataremos de describir el sistema penal peruano y su desarrollo con la esperanza de encontrar una respuesta a esta pregunta.

### a) Código penal de 1924

La **concepción clásica** relativa a la estricta legalidad, a la responsabilidad moral y a la pena-castigo, caracterizaba el sistema jurídico peruano anterior al Código actual. En **el Código de 1863**, de inspiración española, no se hacía concesión alguna a la prevención especial. La función principal y única de la pena era el castigo de los malhechores. Las medidas de seguridad y de prevención eran desconocidas. El juez no disponía sino de un reducido poder de apreciación al momento de fijar la pena (7).



La promulgación del **Código Penal de 1924**, significó un cambio substancial en la legislación penal.

Los elementos más importantes de este Código son:

1.- La **individualización de la pena** de acuerdo a la culpabilidad y a la peligrosidad del delincuente. A estos dos factores se les reconoce la misma importancia, de modo que al juzgador le es posible armonizar, al momento de sancionar, los criterios de prevención general y especial, de acuerdo a la personalidad del delincuente.

2.- **La eliminación de la pena de muerte y la incorporación del sistema de penas paralelas**, que permite al juez sustituir la pena de reclusión por la de prisión, o esta pena por la de multa.

3.- **La adopción del sistema dualista de penas y medidas de seguridad y de prevención**. Entre las segundas, se deben señalar, por ejemplo, la colocación en una casa de tratamiento y de trabajo a los delincuentes ebrios habituales; colocación en una sección especial de una escuela de arte y oficios o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo a los delincuentes que vivan en el desarreglo o en la ociosidad; el internamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o de imputabilidad disminuida; el internamiento de delincuentes multireincidentes.

4.- **La inclusión del tratamiento, sobre todo, preventivo, para los menores de conducta irregular**, cuya aplicación era posible, en ciertos casos, aun cuando el menor no hubiese cometido una acción considerada como delictuosa.

5.- **La consideración de las diferencias existentes entre los habitantes del país**. Para los miembros de las tribus salvajes de la Amazonía, se estatuye una medida de seguridad, consistente en el internamiento en una colonia penal agrícola. Los indios semisalvajes y degradados por la servidumbre y el alcoholismo son considerados como imputables disminuidos y se prevé para ellos la atenuación de la pena o el internamiento en una colonia penal agrícola.

6. **La admisión de la condena condicional**, como medio para luchar contra las penas privativas de la libertad de corta duración; y de la libertad condicional, considerada como la última etapa de la ejecución progresiva de las penas privativas de la libertad.

7.- **La regulación de la rehabilitación y el patronato**, instituciones destinadas a propiciar y a facilitar la reinserción del condenado en la sociedad.

8.- **El notable progreso en la técnica legislativa** al elaborarse las disposiciones de la parte especial del Código (Libro segundo). Un cambio importante en el catálogo de las infracciones lo constituye, por ejemplo, la eliminación de los delitos contra la religión católica y la incorporación de los delitos contra la libertad de creencias y cultos.

Inmediatamente después de la dación del Código el legislador dictó, de acuerdo al modelo español, una ley sobre vagancia (hasta ahora vigente con algunas modificaciones). Esta ley estatuye las medidas de lucha contra tal estado peligroso.

#### **b) legislación penal de 1924 a 1979.-**

**Después de 1924**, el legislador ha modificado varias disposiciones del Código. Veamos los casos más importantes.

a) En el sistema de sanciones del Código, la **pena de muerte** había sido eliminada, ya que de acuerdo al Codificador "su aplicación era rechazada por el país" (8). En 1949, fue incorporada al sistema represivo para los casos de homicidio calificado y de alta traición, previstos en la Constitución de 1933 (9). En los años 1955, 1969 y 1970 se extendió su aplicación a los casos de raptó de menores seguido de muerte, de violación de menores y asalto a mano armada, cometido con el fin de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima (10). En 1965, su aplicación se generalizó a una serie de delitos, cometidos con el fin de ayudar al movimiento guerrillero (11).

En 1971, su aplicación fue limitada únicamente a los delitos de alta traición y de raptó de menores seguido de muerte (12). Las razones fueron de carácter político. Sin embargo, ese mismo año fue restablecida para los casos de muerte provocada mediante bombas o explosivos. En 1973, su aplicación se volvió a establecer para los delitos de homicidio calificado, de ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales y de robo seguido de muerte (13). Por último, en 1974, se dispuso su aplicación para quienes, con fines políticos, mataren o lesionaren a otro empleando cualquier clase de medios (14). Este último Decreto Ley se caracterizó también por la extremada severidad con que reprime los atentados contra la vida o la integridad de las cosas, cuando no se produzca daño personal o material o sólo se cause daño material. Para estos casos estatúa la pena de penitenciaría no menor de 20 años y la de internamiento no menor de 25, respectivamente.

b) Una marcada **agravación de las penas** fue establecida, asimismo, en relación con algunos delitos contra los deberes de función (concusión, gestión desleal de intereses público, corrupción, previstas en el Código, y estimó que sin penas severas no era posible moralizar la administración pública (15).

En relación a los delitos contra la salud, de los cuales se dio una noción bastante amplia en el Código Sanitario de 1969, se siguió el mismo criterio. Entre estos delitos, se consideró la **violación de una norma de salud importante**, la huelga de hambre, la huelga del personal de los establecimientos sanitarios, el plagio y la ocultación de menores, etc. De acuerdo con el Código Sanitario se prohíbe, expresamente, la práctica del aborto terapéutico sea por consideraciones morales, sociales o económicas. Además, el médico es considerado responsable de los efectos que ocasionen los medios anticonceptivos cuyo empleo haya recomendado (16).

Una finalidad claramente represiva y de prevención general persiguió el legislador, cuando amplió de manera excesiva los plazos de prescripción de la acción penal, multiplicó los casos de interrupción y suspensión de la prescripción; agravó la situación de quien se aleja del país para evitar la acción de la justicia, y eliminó el plazo absoluto de prescripción (17). No es otro el objetivo que motiva al legislador, cuando excluye la concesión de la condena o de la liberación condicionales a los autores de ciertos delitos; por ejemplo, actos terroristas, atentados contra la reforma agraria, etc. (18).

La agravación de la represión tiene lugar, asimismo, a través de medidas que no tienden aparentemente a este objetivo. Así, la derogación del art. 194 C.P. que permitía al condenado por delito contra el honor solicitar la substitución del 90 % de la pena privativa de la libertad que se le había impuesto por una multa proporcional. El fundamento falaz dado para la adopción de esta medida fue que dicha disposición establecía un privilegio en razón a la riqueza de las personas, lo que contradecía el principio de la igualdad ante la ley (19).

La represión penal ha sido fundamentalmente utilizada con el fin de garantizar la normal aplicación de ciertas reformas socio-políticas; por ejemplo, la reforma agraria, el control de divisas, el monopolio del comercio de metales y piedras preciosas, la reforma tributaria, la libertad de prensa, etc. (20).

c) En nuestro medio, los casos de descriminalización son muy raros. Se puede citar el de los consumidores de drogas, antes reprimidos como autores o cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y que conforme al artículo del D.L. 19505, del 22 de agosto de 1972, no son ya considerados delincuentes y para quienes se ha previsto medidas de tratamiento.

Otro ejemplo es el de las disposiciones concernientes a las infracciones contra la libertad y el honor sexuales, modificadas en 1974 (21). La edad de la víctima ha sido disminuida de 16 años a 14. La razón jurídica invocada es la necesidad de armonizar las disposiciones penales con las civiles. Desde la dación del Código Civil en 1924, era permitido el matrimonio de mujeres a partir de 14 años. El resultado inmediato de esta reforma fue la puesta en libertad de un gran número de detenidos como autores de estos delitos en agravio de menores de 16 años y mayores de 14. El descongestionamiento de los establecimientos penales, casi todos superpoblados, fue uno de los objetivos perseguidos por el Gobierno mediante esta reforma. Asimismo, al obligarse al organismo encargado de los establecimientos penales a informar, permanentemente, al juez competente sobre los condenados que hayan cumplido las dos terceras partes de su condena "para los efectos de conceder la liberación condicional (22). Esta preocupación está, igualmente, implícita en el art. 148, inc. b, del Código de Ejecución Penal (23), que otorga al juez de ejecución penal la función de

conceder la libertad condicional, de oficio o a solicitud del Ministerio Público. De esta manera se espera hacer más expeditiva la liberación de los condenados que lo merecen.

La no aplicación de varias de las nuevas instituciones incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Código de 1924 se ha debido, igualmente, a las insuficiencias del sistema procesal penal. La corrupción y los abusos resultantes de dejar en manos de la autoridad administrativa todos los aspectos de la ejecución de las penas, determinó que se vuelva a otorgar al juez la facultad de conceder la liberación condicional. Para evitar viejas dificultades, se da mayor intervención al Ministerio Público y se establece la obligación de la Dirección General de Establecimientos Penales de comunicar permanentemente a juez sobre los condenados que hayan cumplido los dos tercios de la condena, a fin de que proceda a liberarlos de oficio (art. 1 del D. Leg. 121 que modifica el art. 62 del C.P.).

Al entrar en vigor el nuevo Código, el procedimiento era regulado por el viejo Código de 1919. De manera que era natural que no contuviese los medios necesarios para hacer realidad la nueva orientación del derecho penal material. La desarmonía entre la ley procesal y la ley material fue, frecuentemente, invocada, sobre todo por los magistrados, contra la adopción del nuevo Código Procesal en 1940. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 195. el juez instructor y el tribunal correccional pueden ordenar, si las circunstancias lo exigen y si la posibilidad de realizarlo existe, el examen del acusado o de los testigos a fin de determinar sus condiciones psicológicas e intelectuales. Este peritaje debe ser obligatoriamente ordenado por el juez instructor cuando hay la presunción de que el acusado padece de enfermedad mental o de otro estado psico-patológico (art. 189). Sin embargo, no se puede sostener que el delincuente haya sido colocado al centro del proceso penal, sobre todo si se considera la manera, cómo, cotidianamente, se llevan a cabo los procesos penales.

En relación a las modificaciones más importantes hechas al Código de procedimientos después de su entrada en vigor, es de señalar:

1.- De acuerdo al art. 210, la presencia del acusado al momento del juzgamiento es necesaria y según el art. 319 el tribunal no debía sentenciar hasta el día en que el acusado compareciera. Estas disposiciones fueron modificadas en 1971, el juzgamiento de los contumaces fue autorizado (24), y en 1973, el de los **ausentes** (25). La defensa de los derechos de los inculcados está en manos según el legislador, era la necesidad de reducir sensiblemente las posibilidades del delincuente para permanecer sin castigo; ya que el juzgamiento del ausente tiene por efecto evitar la prescripción de la acción penal, de hacer correr desde entonces y exclusivamente la prescripción de la pena, mucho más larga. La función del derecho penal se redujo, de esta manera, a la de carácter represivo.

2.- Preocupado por el retardo existente en la administración de la justicia penal, el gobierno modificó el procedimiento a seguir para juzgar a los autores de los delitos contra la vida y seducción, de daños materiales, usura, especulación de productos alimenticios, etc. **El juez Instructor juzgará en primera instancia** y el tribunal correccional en segunda y última instancia. En los procesos ordinarios, este tribunal estatuye en primer lugar y la Corte Suprema es el órgano de apelación (26).

3.- En otros casos, la necesidad de una justicia rápida ha sido considerada como condición indispensable para alcanzar el fin de prevención general del derecho penal. así, un **procedimiento sumario** fue establecido para el juzgamiento de los autores de robo (27). Los autores de atentados, con fines políticos contra la vida de las personas o la integridad de las cosas y de atentados contra los miembros de la Policía fueron sometidos a la Justicia Militar que es bastante expeditiva (28). con este mismo objetivo, se estatuyeron tribunales correccionales unipersonales, para juzgar a los delincuentes para quienes el fiscal no pida más de 6 años de penal privativa de la libertad (29).

4.- El afán de lograr una mayor celeridad en la administración de justicia, fue inspirador, en gran parte, del D.L. 21895, del 2 de agosto de 1977. Con este objeto, se trató de regular mejor los medios de defensa del procesado (cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones); se disminuyó el plazo de duración de la instrucción (hasta 5 meses), prorrogable por una sola vez por un lapso no mayor de 50 días; se han establecido algunos plazos perentorios que el Código procesal defectuosamente no señalaba; se dispuso la sustitución de miembros del tribunal colegiado, del abogado defensor designado por el acusado, a fin de evitar la frustración del juicio oral; se aligeró el

trámite de éste, eliminando o aligerando algunas de sus bases; se flexibilizó la regulación de las causales de nulidad.

Esta enumeración esquemática de lo dispuesto en el D.L. 21895, sería demasiado incompleta si no señaláramos que modificó el criterio cuantitativo para distinguir entre faltas y delitos contra el patrimonio y la salud; en el primer caso, señala S/. 10,000.00 y, en el segundo, indica 10 días de asistencia facultativa o de impedimento para trabajar, para cuando el agente actúe dolosamente, y 15 días, para los comportamientos culposos (negligentes). Por último señalemos que amplió la aplicación de la "condena condicional", al hacer posible su concesión cuando la pena impuesta sea hasta de 2 años de prisión.

Este Decreto Ley tuvo los vicios y virtudes de toda reforma parcial que tiende más a encontrar una solución inmediata para problemas prácticos urgente o, al menos, aliviarlos parcialmente, que a trazar las pautas de una reforma integral de la ley procesal. Así como sucede en el dominio del derecho penal sustantivo, en el derecho procesal también el legislador tiene una política del "coup par coup".

**El sistema dualista de penas y medidas de seguridad** previsto por nuestro legislador en 1924, no ha podido ser aplicado por la carencia de establecimientos penales, la inexistencia de centros de tratamiento y a falta de personal preparado. El mismo legislador reconoció que el nuevo Código no produciría, de inmediato, todos sus efectos debido a las deficiencias de la infraestructura penal, antes señaladas. Asimismo, sostuvo que era necesario promulgarlo en razón a que sus disposiciones contenían el programa a cumplir para mejorar la represión penal (30). Pero, es evidente que tal programa era demasiado ambicioso en relación con la situación socio económica del país. El modelo helvético que siguió, principalmente, nuestro legislador para estructurar el sistema de sanciones se reveló inaplicable en Suiza misma. Este hecho empujó al legislador helvético a modificar en 1971 el sistema de su Código con el fin de adecuarlo a la realidad (31).

En nuestro medio, los intentos de reforma penitenciaria no han sido precedidos por una revisión a fondo del sistema normativo que lo regula en sus lineamientos generales y los gobiernos no han proporcionado o podido proporcionar "los medios financieros adecuados, sin los cuales, por lo demás, un Estado civilizado no puede realizar ninguno de los fines de su actividad de una manera eficaz y útil" (32).

Esta misma situación ha impedido que se logre la eficacia deseada en relación con los problemas que ocasionan los menores de conducta irregular. La orientación adoptada por el legislador en promulgación del Código de menores de 1962. De esta manera, se estableció una nítida separación entre el derecho penal de adultos y el derecho preventivo de menores.

En la práctica, las disposiciones muy avanzadas del Código de Menores no son total y convenientemente aplicadas.

El patronato, medio importante de prevención de la reincidencia, se halla administrativamente mal estructurado y no cuenta con los medios necesarios para cumplir sus fines de asistencia moral y material y de vigilancia de los condenados y liberados (condicional o definitivamente).

#### c) Legislación penal y Constitución de 1979.-

El abandono del poder por los militares, después de once años de ejercerlo, significó un cambio político de gran repercusión en el orden jurídico. Los cambios se dieron antes de la completa entrada en vigencia de la nueva Constitución; pues, desde que ésta fue aprobada por la Asamblea Constituyente, el mismo gobierno militar dictó algunas leyes de acuerdo a las nuevas disposiciones constitucionales. Es el caso, por ejemplo, del D.L. 22633 (14 de julio de 1979) que derogó los incisos "c" y "d" del art. 30 del D.L. 22244, sometiendo así los delitos cometidos mediante la prensa a las disposiciones del Código Penal. De acuerdo con el art. 2, inc. 4, de la nueva Constitución dichos delitos "se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común".

Los cambios legislativos efectuados durante el régimen constitucional han sido realizados, fundamentalmente, mediante decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, en virtud de una

autorización legislativa, con el fin de adecuar los decretos leyes con las nuevas normas constitucionales.

La nueva Constitución no contiene normas precisas en relación con la política criminal del Estado. En los programas de los diversos partidos políticos está, igualmente, ausente la preocupación de delinear dicha políticas de manera específica y coherente. Sin embargo, de diversas disposiciones de la Constitución pueden deducirse lineamientos respecto de lo que debe ser la política criminal estatal. Esta tarea resulta, sobre todo, factible debido a que los constituyentes incorporaron, en la nueva carta política, de un lado, disposiciones que constituyen, una reacción contra ciertos abusos cometidos en el ámbito penal, por el gobierno militar; y, de otro lado, reglas que consagran principios y garantías que repercuten, necesariamente, en el sistema punitivo. En primer lugar, señalemos que el art. 10. de la Constitución contiene la declaración de que "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado". A pesar de su concepción, extremadamente individualista, resulta esencial la colocación de la persona humana en el centro de la sociedad y del Estado (33). Toda política criminal debe girar y fundarse en el respeto y la promoción del individuo. Con lo que retoma fuerza la proclama hecha, de manera extensa, por Franz von Liszt, cuando decía: "la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el hombre"; declaración que hizo suya nuestro codificador en la exposición de motivos del Código Penal de 1924 (34).

En segundo lugar, es de considerar que los deberes primordiales del Estado, según el art. 80 de la Constitución, son "defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general, basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado". Dentro de este contexto y en relación más cercana con el fenómeno delictivo, señala la nueva Constitución que el Estado garantiza el orden interno. Al respecto, el art. 277 estatuye que las Fuerzas Policiales "tienen por finalidad fundamental mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y los patrimonios público y privado, así como prevenir y combatir la delincuencia". De otro lado, establece que la potestad de administrar justicia es ejercida por "los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario" (art. 232). Por último, es de considerar que en la Constitución se indica que "el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal" (art. 234, pf. 20.).

El ejercicio del Poder del Estado mediante sus órganos (legislativo, ejecutivo, judicial), así como la programación y aplicación de la política criminal, se encuentran limitados por los derechos de la persona consagrados, expresamente, en el título I de la Constitución. Esta limitación se ve reforzada por la ratificación constitucional - disposición general decimosexta - del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, del Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas y de la Convención americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica.

Las disposiciones constitucionales solas no comportan garantía suficiente de que se tiene o se va a tener una racional y eficaz política criminal. Además de constituir un marco referencial muy general y vago, sus disposiciones dan lugar a diversas interpretaciones. En estos casos, muchas de las veces predominan las que se imponen por razones políticas, aun cuando no sean tan fieles a la concepción recogida en la Constitución. Las modificaciones efectuadas en el ordenamiento penal por el gobierno constitucional implican, en diversos aspectos, un alejamiento de las normas constitucionales. Además, es de tener en cuenta que la tendencia entre los responsables políticos es contraria a algunos criterios positivos incluidos en la Constitución.

El cambio más radical en el sistema de penas es la admisión muy restringida de la pena de muerte. Según el art. 235 de la Constitución, "no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en casos de guerra exterior". De esta manera han quedado derogadas, implícitamente, todas las disposiciones que la preveían como sanción para el asesinato, violación de menores, etc. (35). La decisión abolicionista de la Asamblea Constituyente significa en primer lugar la confirmación del máximo respeto a la persona humana (consagrado en el art. 10.), así como de su derecho a la vida. En segundo lugar, representa una actitud contraria tanto al extremado rigor de las penas, como a la excesiva confianza en su poder intimidatorio. Por último, un paso favorable hacia la función resocializadora o de recuperación que debe cumplir un sistema punitivo humanitario. Sin embargo, se

nota entre los responsables políticos y hombres de prensa, una tendencia acentuada en favor de la reinstauración de la pena capital. Esta tendencia ha encontrado clara expresión en el pedido formulado, en este sentido, por el Presidente de la República al Congreso de la Nación al pronunciar su discurso anual de julio de 1983. Como fundamento se considera, sobre todo, su supuesto efecto intimidatorio, que disminuiría la comisión de ciertos hechos graves (robo con violencia, asesinato, ataque en agravio de policías, terrorismo, etc.).

Las modificaciones de las disposiciones penales efectuadas durante el nuevo régimen no revelan una política criminal coherente y, debidamente, respetuosa de la Constitución. Un ejemplo claro lo constituye la regulación del delito de robo (art. 239 C.P., denominado en la práctica "asalto y robo"). Por considerarse excesivas las penas establecidas, indiscriminadamente, para los autores de este delito en los decretos leyes del gobierno de facto, éstos fueron modificados - en cuanto a la descripción de las circunstancias agravantes y a las penales - mediante el D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981. Menos de un año después, se volvió a un extremado rigor de las penas. Con este fin, se han eliminado, mediante la Ley 23405, los límites máximos de la pena fijados en el Decreto Legislativo antes mencionado. Esta nueva modificación legislativa no constituye sino una vuelta a los criterios punitivos del gobierno militar.

La similitud de las concepciones sobre la eficacia de las penas de los responsables políticos de los regímenes de facto y parlamentario, se revela, además, en la manera de reprimir el terrorismo (D. Leg. 46), el desacato (Ley No. 23321) y el tráfico ilícito de drogas (D. Leg. 122). Síntoma evidente de la primacía del criterio favorable a la severa represión y, así mismo, una confesión de clara importancia para luchar contra la delincuencia, es la modificación del art. 85, inc. 2, C.P. que regular la legítima defensa. Mediante la Ley 23404, se admite que actúa en legítima defensa "el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese en su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticamente o usando violencia". De esta manera, se justifica cualquier daño contra el agresor a fin de asegurar, inmediatamente, la inviolabilidad del domicilio. Este bien jurídico es colocado por encima de otros más importantes como la vida y la salud (36).

La dación del D. Leg. 46, represor del terrorismo, es también un ejemplo de la deficiente política criminal. Tal vez, sería mejor decir de la ausencia de política criminal. El primer error consiste en pretender regular las diversas acciones terroristas como si fueran un solo delito. Esto ha obligado al legislador a redactar el tipo legal de manera tan vaga y amplia que constituye un atentado contra el principio de la legalidad. La severidad de las penas estatuidas resulta alarmante por que son aplicables, igualmente, a casos de diferente peligrosidad; pero, que al caer en el mismo tipo legal resultan equiparados en cuanto a la penalidad. Lo mismo se puede decir, con relación a la naturaleza de las circunstancias agravantes señaladas, y a la incorporación de figuras tan discutibles como la incitación y la apología del terrorismo.(37). De acuerdo con la concepción predominante y con los más avanzados proyectos foráneos de ley o leyes, resulta más eficaz y respetuoso de los principios constitucionales, el criterio de considerar, en primer lugar, al terrorismo como acciones violentas que constituyen - muchas veces - delitos ya previstos en el Código Penal, o que requieren ser regulados separadamente, como nuevos delitos que deben ser descritos en tipos legales separados (piratería, aérea, toma de rehenes, atentados contra diplomáticos o locales de embajadas, etc.); en segundo lugar, de estimar oportuno aumentar con prudencia las penas de algunos delitos que son reprimidos, actualmente, con penas demasiado leves (secuestro, chantaje). La exigencia gubernamental de reprimir así el terrorismo fue consecuencia de la situación política, del equivocado criterio de considerar este fenómeno político-social como un hecho puramente delictivo y de la confianza excesiva en la eficacia de la pena. el fracaso de esta política inicial se aprecia en la evolución del movimiento subversivo, lo que ha determinado un cambio de política gubernamental.

Un error de política criminal representa, igualmente, el reforzamiento de la represión del desacato, mediante la Ley 233321. Esta figura delictiva resulta de por sí ya superflua y su eliminación no afectaría la economía del Código Penal. Para proteger a los funcionarios resultan suficientes las disposiciones que reprimen el duelo, la amenaza, la injuria, la difamación. Estas acciones son, precisamente, señaladas (en el art. 328) como medios de comisión del desacato.

Inseguridad en los criterios de política criminal revelan, igualmente, las sucesivas modificaciones de las disposiciones represoras de los delitos de tráfico ilícito de drogas. El elemento común a todas esas normas es la severidad de las penas; así como, la deficiencia en la descripción de las acciones

delictuosas. Conforme al D. Leg. 122, del 12 de junio de 1981, serán reprimidos con penitenciaría no mayor de 15 años ni menor de 10, el que ilícitamente: (1o.) "sembrare, cultivare, fabricare, extractare, preparare o realizare cualquier otro acto análogo inherente la proceso de producción de algunas de las drogas ..."; (2o) "importare, exportare, vendiere, almacenare, distribuyere, transportare, tuviere en su poder o ejecutare cualquier otro acto análogo inherente al proceso de comercialización de alguna droga ...". Esta vaguedad en la tipificación acentúa el efecto represivo de la ley. La técnica legislativa utilizada no es sino una repetición servil de la segunda disposición del Primer protocolo adicional al Acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicos, suscrito en Buenos Aires el 27 de abril de 1973 y que fue aprobado mediante el D.L. 22609 del 25 de julio de 1979 (38). Con el fin de armonizar las normas legales penales de los países signatarios, se dispuso - en el párrafo citado - que deben preverse las figuras delictivas siguientes: "a) Relacionadas con el proceso de producción: siembra, cultivo, fabricación, extracción, preparación y cualquier otra forma de producción"; "b) Relacionadas con la comercialización: importación o exportación; depósitos, venta, distribución, almacenamiento, transporte y cualquier otra forma de comercialización". En el D. Leg. 122, no se hace sino parafrasear estas directivas que señalan nominalmente las acciones que deben ser sancionadas; sin tenerse en cuenta que era indispensable, para mejor respetar el principio de legalidad de elaborar las figuras delictivas respectivas. Además, señalemos que el decreto legislativo va más allá que las directivas del Protocolo; pues, en éste se hace alusión a "cualquier otra forma de producción" o de "comercialización" y no a "cualquier otro acto análogo inherente al proceso de producción" o de "comercialización" como hace nuestra norma legal. Esta excesiva vaguedad de la descripción legal no se justifica por la gravedad de la acción delictuosa; pues, esto significaría olvidar que la ley penal no es sólo la Carta Magna del delincuente, sino de todas las personas. La legislación penal limita la libertad; pero, también y, sobre todo, debe crearla.

De esta manera, la revisión que se hizo mediante el D. Leg. 122, del D.L. 22095 para adecuarlo a los principios de la nueva Constitución, no resultó siendo sino la adopción defectuosa de un Protocolo aprobado por un decreto ley del Gobierno militar; el mismo que no tuvo apuro en realizar dicha revisión. Además, en el D. Leg. 122, se limita, equivocadamente, la impunidad del simple consumidor. Esta sólo procedería cuando se acredite, mediante peritaje médico legal, la dependencia a la droga (nuevo art. 56). Es decir, sólo para el adicto funciona la exención de pena. El principiante o el consumidor esporádico sorprendido en posesión de droga, en dosis personal para su propio e inmediato consumo, debería ser reprimido por no poder comprobarse su adicción. Inconsecuentemente, la ley parece impulsar hacia la drogadicción para poder beneficiarse con la tenencia lícita de la droga.

En relación con otros dominios, el legislador no ha hecho sino cumplir con el mandato constitucional, así al regular legislativamente los delitos de enriquecimiento ilícito (D. Leg. 121, art. 8), de interferencia de conversaciones privadas (D. Leg. 121, art. 7), de tortura (D. Leg. 121, art. 6), y de suspender o clausurar un órgano de expresión y de impedir su circulación (Ley 23321). Sin embargo, no se ha tomado iniciativa alguna para regular eficazmente los delitos económicos, en base a la prohibición, contenida en el art. 133 de la Constitución, de los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil.

La tendencia a descriminalizar algunas conductas tuvo una alentadora manifestación, desgraciadamente sin continuación, en la vuelta a la fórmula original del código penal referente al aborto terapéutico (desnaturalizada mediante el art. 21 del Código Sanitario) y en la eliminación de las figuras delictivas contra la salud, consistentes en la violación consciente de la norma de salud, en la huelga de hambre, en la huelga de empleados de centros hospitalarios, etc., (previstos en el art. 185 del mencionado código). En estos dos últimos casos, la derogación era necesaria para dejar de confundir represión penal con represión política o laboral.

Otro caso de descriminalización está constituido por las modificaciones efectuadas al art. 386 C.P. que regula las faltas contra el patrimonio. El dominio de aplicación de esta disposición ha sido ampliado en la medida, primero, que ya no sólo son consideradas faltas los perjuicios patrimoniales ocasionados mediante la sustracción de bienes muebles realizada con destreza o sin ejercer graves violencias, sino también los daños, estafas o apropiaciones ilícitas leves; y, segundo, que el límite cuantitativo del perjuicio patrimonial es elevado de S/. 10,000 al monto equivalente a dos sueldos mínimos vitales de la Provincia de Lima. El defecto de estas modificaciones, efectuadas mediante el art. 10 de D. Leg. 121, radica en que se dispone que para la fijación del límite cuantitativo, se tendrá en cuenta el sueldo mínimo vigente en el momento de la infracción. De modo que se seguirá

considerando delito y castigando al responsable a pesar que, al momento de juzgarlo, el monto del perjuicio económico no supera el nuevo límite resultante de un aumento del sueldo mínimo vital vigente en la Provincia de Lima. Esta variación significa una modificación de la ley penal (art. 386 C.P.) que resulta más favorable al procesado. La exclusión del principio de la retroactividad benigna, mediante una disposición expresa, constituye una desnaturalización de la norma constitucional que lo consagra como límite de la función legislativa. En la realidad, la expresión final del nuevo art. 386 equivale a la declaración de que esta norma no se aplicará retroactivamente a los procesados favorecidos. Lo que resulta, evidentemente, contradictorio con relación a la regla que fácilmente se deduce, contrario sensu, del segundo párrafo del art. 187 de la Constitución: "Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente".

Esta regla constitucional tiene un gran significado para los efectos de la determinación de la concepción de política criminal implícita en nuestra Carta magna. Dicha disposición fija una limitación al poder punitivo del Estado, destinada a humanizar el sistema punitivo y a garantizar mejor, por tanto, los derechos fundamentales de la persona. Lamentablemente, la Corte Suprema se ha parte de los jueces y tribunales, sin preguntarse - siquiera - sobre la constitucionalidad del nuevo art. 386, in fine, C.P. (39).

En el ámbito del derecho procesal penal, las normas dictadas por el Gobierno militar han sido, también, revisadas por el Gobierno constitucional. El objetivo era, igualmente, su concordancia con las disposiciones de la nueva Constitución.

En primer lugar, han sido abolidos los D.L. Nos. 19030 y 19962 que introdujeron la condena de procesados contumaces y ausentes. El inciso 10 del art. 233 de la Constitución estatuye como garantía de la administración de justicia, "la de no poder ser condenado en ausencia". De esta manera, la Asamblea Constituyente restauró la solución extrema, reaccionando a la solución abusiva establecida por el gobierno de facto, y sin plantearse la necesidad de adoptar un sistema intermediario y flexible, adoptado en países que no pueden ser calificados de antidemocráticos (por ejemplo, Francia, Suiza, Alemania Federal).

Con el fin de solucionar el problema del retardo en la administración de justicia, el nuevo gobierno ha cambiado radicalmente el proceso penal. El procedimiento ordinario, consistente en una investigación a cargo del juez instructor y en el juzgamiento a cargo del tribunal correccional, ha sido transformado en un procedimiento excepcional, y que debe seguirse sólo en relación con los delitos más graves. Estos constituyen una minoría en comparación con todos los que son sometidos, conforme al D. Leg. 124, del 12 de junio de 1981, al procedimiento sumario. En éste, el juez instructor investiga y sanciona, mientras que el tribunal correccional deviene segunda y última instancia. La más seria objeción al D. Leg. no 124 reside en el hecho que no prevé el juzgamiento público. garantía de la administración de justicia según el art. 233 de la Constitución. El juzgamiento practicado por el juez instructor es inquisitivo, escrito y privado. Esta objeción no es desvirtuada por la lectura pública de la sentencia condenatoria establecida en el párrafo 2o del art. 6 del D. Leg. No. 124.

Resulta curioso destacar cómo se viola una norma constitucional, al mismo tiempo que se le toma en cuenta para derogar una disposición que la contradice. Por el art. 10 del D. Leg. No. 124, se deroga el art. 6 del D.L. 17110 que estatuyó los Tribunales Correccionales unipersonales. Esta medida encuentra fundamento en el art. 233, inc. 10, de la constitución que, al regular la publicidad del juzgamiento penal, dispone: "pueden los **tribunales**, por decisión unánime de sus **miembros**, disponer que el juicio o parte de él se sustancie en privado". La referencia es clara a los tribunales colegiados, con lo que se excluía el juzgamiento a cargo de "tribunales unipersonales". A pesar de esta disposición constitucional, el Parlamento ha ido más allá que el Gobierno militar. Mediante la Ley 23612, del 11 de junio de 1983, se han reinstaurado los tribunales unipersonales, sin limitar, de algún modo, su competencia en cuanto a la naturaleza de la infracción. Por el contrario, por estar constituidos por vocales superiores - es decir, jueces de segunda instancia - conocerán de las causas que no son sentenciadas por los jueces instructores o de los recursos impugnatorios de las sentencias dictadas por éstos (cosa que no fue admitida con relación a los anteriores tribunales unipersonales). Su aplicación ha sido, sin embargo, diferente. Han sido instaurados, al menos, en la Corte Superior de Lima como órganos juzgadores de las causas que se encuentran pendientes de juzgamiento, en realidad de redacción de la sentencia en los juzgados de instrucción. De esta manera



todo el proceso resulta desvirtuado. En la práctica, la incongruencia de la modificación ha significado, como era natural, su inaplicabilidad.

Aunque la versión oficial de esta ley no contiene considerando alguno sobre sus fundamentos o fines, del texto de su art. 2o. se infiere que se busca acelerar la administración de justicia: en 120 días, a partir de su instalación, deberán sentenciar las causas que estuvieren pendientes de juzgamiento. De este modo, se busca - en el fondo - resolver el problema de la superpoblación de las cárceles. El resultado final es incierto; pero es seguro que esta justicia expeditiva constituye un grave peligro para las garantías del proceso penal. Además, es una medida que pretende hacer desaparecer los efectos sin atacar las causas del aumento de la delincuencia.

Disminuir la población penitenciaria es el objetivo que ha impulsado, igualmente, al legislador a precisar, en el art. 1o. de la ley antes citada, la regulación de la detención provisional. Si la intención es buena, en cuanto tiende a restringir la tendencia de los jueces a ordenar fácilmente el encarcelamiento de los inculcados, no estamos tan convencidos de la corrección de la técnica casuística utilizada en la redacción de la indicada disposición.

Por último, señalemos que el Código de procedimientos Penales ha sido, además, modificado, ampliamente, mediante una revisión detallada del D.L. No. 21895 dictado por el gobierno de facto. Esta revisión ha sido efectuada mediante el D. Leg. No. 126, la misma que no puede ser considerada - para decirlo con una expresión moderada - una reforma correcta del código adjetivo. Los defectos han sido multiplicados por las modificaciones simultáneas y, algunas veces, contradictorias practicadas mediante el D. Leg. No. 52, denominado Ley Orgánica del Ministerio público (40).

En el ámbito de la ejecución penal, los esfuerzos gubernamentales estuvieron concentrados en la construcción de nuevos establecimientos penales con la finalidad de corregir las graves deficiencias existentes. La débil capacidad económica del Estado, acentuada por la crisis y la corrupción, ha constituido un obstáculo insalvable para lograr las metas trazadas.

El lado negativo se expresa, sobre todo, en la reapertura de la isla de "El Frontón" como centro carcelario. Lugar donde inconstitucionalmente fueron agrupados la mayor parte de los procesados por delito de terrorismo, alejándolos así de su "juez natural" en contra de la garantía de una correcta administración de justicia.

En los últimos meses del período gubernamental, finalizado el 28 de julio de 1985, y en el marco de una carrera legislativa inconveniente, se promulgó el Código de Ejecución Penal (D. Leg. 330 del 6 de marzo de 1985). Código sin raigambre en nuestro medio, pues no ha sido hecho en función de nuestra realidad. Ajeno a todo criterio pragmático, trata de consagrar un sistema ideal de ejecución que el país no está de consagrar un sistema ideal de ejecución que el país no está en condiciones de materializar. Un ejemplo que pone en evidencia la incorrección de la técnica legislativa utilizada, lo constituye el hecho que su elaboración no ha sido precedida por el replanteo impostergable del sistema de sanciones del Código Penal. Valiosa es la reafirmación de los fines de la pena y del respeto de los derechos humanos de los internados. Reafirmación que puede permanecer, por lo antes señalado, letra muerta.

La toma del poder por parte del nuevo gobierno constitucional viene de realizarse (julio de 1985). Pocos han sido los pasos dados en el dominio penal, lo que impide tener una idea de cuál es la orientación de su política criminal; sobre todo, si se desconoce su plan de gobierno. Aunque se promueve el aumento de la severidad de las penas respecto a los delitos contra los deberes de función, signos alentadores son la ausencia de propuestas para restablecer la pena de muerte, la eliminación del delito de desacato (**Ley**) y las medidas concretas y profundas de moralización en los cuerpos policiales.

Teniendo en cuenta lo sucedido hasta mediados de 1985 y no habiendo variado, sustancialmente, el enfoque y tratamiento del sistema penal y del fenómeno delictivo, en nuestro país, mantienen su vigencia las siguientes observaciones:

a) Falta en el país un programa completo y adecuado de política criminal, cuya planificación y organización sean inseparables de la ejecución de una política socioeconómica, tendiente a disminuir las verdaderas causas de la delincuencia.

b) Los lineamientos generales de política criminal contenidos en el Código Penal de 1924 son bastante aceptables; pero los medios necesarios para su cumplimiento deben ser concebidos teniendo en cuenta los límites impuestos por la realidad socioeconómica. El primer paso a dar debe consistir, pues, en la elevación de esta situación, lo que permitiría un mejor aprovechamiento de los limitados recursos de los que se dispone. La política criminal, como toda otra clase de política, no es sino el "arte de lo posible".

c) Un obstáculo importante para el planeamiento de una adecuada política criminal es la casi inexistencia de estudios sociológicos y criminológicos sobre la realidad delictiva nacional.

d) La incorrecta aplicación de diversas instituciones reguladas en el Código Penal de 1924, se debe, muchas veces, a los desaciertos que se cometen en la comprensión de las normas que las regulan. A su vez, esto es motivado, en parte, porque el legislador no repensó los modelos extranjeros a los que recurrió y no logró adaptarlos a la realidad nacional. Ello ha determinado que el proceso de recepción de los derechos extranjeros en nuestro país haya permanecido estancado en la fase del "acto legislativo". No se han realizado los esfuerzos suficientes para crear las condiciones necesarias para su conveniente asimilación.

e) El contexto social en que se han dictado las disposiciones que modifican o completan los códigos material y procesal, permite percibir la estrecha vinculación existente entre los cambios de naturaleza política y el sistema punitivo.

f) La manera de reaccionar de los Gobiernos frente a la delincuencia, nos permite afirmar que se trata de una política criminal de "coup par coup". En un dominio en el que se hallan en juego bienes jurídicos fundamentales, como la vida y la libertad, la situación es insatisfactoria y preocupante.

## 12. Reforma penal

Los intereses políticos no han sido ajenos al apresuramiento que caracteriza el último intento de reforma penal. El objetivo era reemplazar el código por uno nuevo, antes de la realización de las elecciones políticas que pondrían fin al gobierno de Fernando Belaunde.

El conservadurismo del primer proyecto presentado se revelaba, claramente, en muchas disposiciones. Basta señalar, por ejemplo, la fijación del límite de la imputabilidad a los 16 años en lugar del de 18 años establecido por el código vigente. El mantenimiento de la sanción de la inhabilitación en su forma de absoluta y perpetua. El aumento de la severidad de las penas y la manera de establecer sus relaciones con las medidas de seguridad.

El proceso de reforma es continuado por el nuevo gobierno, sobre la base de los proyectos elaborados anteriormente. El último proyecto es el publicado en el diario oficial El Peruano de los días 19, 20 y 21 de agosto de 1985. De éste como de los anteriores proyectos, no se ha publicado ninguna exposición de motivos. Circunstancia que dificulta el análisis; pues la simple lectura de las propuestas no permite, como es natural, comprender totalmente las soluciones legislativas planteadas. Agrava por las imprecisiones de redacción, la dificultad se acrecienta por la ausencia de alguna obra o de algunos ensayos en los que se plantea la concepción penal de los autores. Entre estos, algunos no han publicado ningún trabajo u otros continúan repitiendo ideas que tuvieron vigencia hace años.

No se trata de un trabajo personal, sino - como siempre - de la copia de disposiciones correspondientes a proyectos o códigos foráneos, notoria es la influencia del Código penal tipo para Latinoamérica (parte general) y reconocible la de otros Códigos americanos, influenciados o no por el indicado Código Tipo; por ejemplo, los códigos colombiano y brasileño. Demás esta decir que son conservadas algunas partes del código vigente.

Igual que su modelo principal, el defecto principal del Proyecto de 1985 (octubre) es su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico.

La preocupación de los autores no ha sido de política criminal. No han cuestionado la efectividad de la ley vigente y tratado de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad. Dos obstáculos mayores imposibilitan esta tarea, la ausencia de estudios sobre la realidad delictiva - que permitirían determinar las reales opciones de una correcta política criminal - y la carencia de un análisis con la misma fantasía con que, desde los inicios de la República, se creyó suficiente, para organizar un sistema político-económico sólido y justo, el perfeccionamiento de las constituciones, se sigue pensando que el mejoramiento técnico de la ley penal es la condición indispensable para luchar eficazmente contra la delincuencia.

En un país en crisis como el nuestro, inestable políticamente, con una economía incapaz de satisfacer las necesidades primarias de amplios sectores sociales e incapaz administrativamente para organizar los servicios públicos básicos - entre ellos el de una red de establecimientos penales humanizados, resulta surrealista el despilfarro de recursos materiales y humanos. Sobre todo en el contexto de guerra civil larvada en que nos encontramos.

El Código de 1924 ya fue una ley en desacuerdo con nuestra realidad. Tuvo el mérito de introducir en nuestro medio una concepción penal, en sentido estricto, y de política criminal, en sentido amplio, que era correcta. Su revisión era necesaria para adecuarlo a nuestras necesidades, para hacerlo más práctico y a la medida de nuestra capacidad financiera; para corregir sus defectos teóricos y hacerlos más accesible para quienes administran justicia. Lo cuestionable es tratar de sustituirlo, sin que el cambio comporte una mejor orientación; al pensar que se requería abandonar esta orientación, dejar al mismo tiempo que constituye un abandono de fórmulas con las que los interesados se habían mal que bien familiarizado.

Si cada reforma va significar la adopción de un modelo foráneo, que constituye una ruptura en lugar del desarrollo de la ley reformada, se dará una sucesión de códigos disímiles que serán aplicados de acuerdo a los moldes intelectuales consolidados conforme a los principios aparentemente abandonados. En 1874, el primer código significó la consagración de la concepción española. Su sustitución por el de 1924, significó la adopción de las ideas del movimiento de política criminal y del positivismo italiano. Su aplicación ha supuesto, muchas veces, una interpretación en la perspectiva de las ideas hispánicas u otras veces la invocación de sus disposiciones sin que sean realmente aplicadas.

El ejemplo más claro de esto último es la parte referente al sistema de sanciones. Si es necesaria una reforma, bien pudo comenzar por un replanteamiento de las penas y medidas de seguridad. Paso que hubiera significado el primero de un programa de revisión proyectado para ser realizado progresiva y firmemente, de acuerdo con nuestros recursos personales y materiales. Este procedimiento es más serio y difícil que el de volver a repetir el viejo truco de sacar de la manga un texto de fabricación extranjera a pesar de la factura nacional del ensamblaje o collage.

Un análisis amplio del Proyecto de 1985 (agosto) sobrepasaría los límites de este capítulo. Además constituiría una repetición de las breves anotaciones y observaciones que realizamos al estudiar cada uno de los aspectos de la parte general. Con la finalidad de dar una idea de la concepción que parece haber inspirado a sus autores, veamos, brevemente, algunos de los principios que forman parte del denominado Título Preliminar, colocado al inicio del Proyecto.

A semejanza del Título preliminar del Código Civil, el del Proyecto trata de reunir los principios rectores del derecho penal. Su fuente primaria puede ser considerada la Declaración de principios fundamentales, adoptada por la primera reunión plenaria del Código Penal Tipo (Santiago de Chile, 1963). En opinión de sus redactores, estos principios deberían inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales latinoamericanas y así como su posterior aplicación. En recientes códigos americanos, se les ha incorporado con algunas modificaciones; por ejemplo, el Código Penal de Colombia. A diferencia de éste, en el Proyecto peruano se desvirtúa la idea primigenia, cuando en su artículo X se declara que "Las disposiciones generales de este Código se aplican supletoriamente a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que en éstas se establezca lo contrario". Así, se deja la posibilidad que dicha legislación penal especial no respete los principios sobre los que se supone han

sido redactadas las normas generales del proyecto. En países como el nuestro, esta excepción se convertirá, como siempre ha sucedido, en la regla general.

En las dos primeras disposiciones, se estatuye el principio de la legalidad de los delitos y de las sanciones. La manera de concebirlo es decimonónica y supone, por tanto, desconocimiento de las ideas modernas sobre el lenguaje. Las mismas que condicionan, entre otras cosas, la técnica legislativa, no otra cosa de muestra el hecho que los autores vayan más allá de la Constitución al establecer que la **"ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que los integran"**. Es como, nuevamente, pretender reducir el papel del juez al de "un mero aplicador de la ley", sin derecho a interpretarla. Esto no sería necesario ya que el legislador no debería "dejar duda sobre los elementos constitutivos" del hecho punible. De esta manera, se desconoce que, ya sea por la anfibología del lenguaje o ya sea por las variaciones de las situaciones a regular, no es posible imaginar un texto claro "por naturaleza". Innumerables son los casos que podríamos tirar del mismo Proyecto para mostrar las excesivas pretensiones de sus autores.

Resulta también ilusoria la limitación que se pretende fijar al poder punitivo, declarando que "para que una conducta sea punible se requiere que lesiones o ponga en peligro, sin justa causa, el **bien jurídico tutelado**". Esta noción de bien jurídico es imprecisa y muy discutida, sobre todo si, en la parte especial, no se trata de fijarla en lo posible. Cómo definir el bien jurídico "buenas costumbres", si entre los delitos de corrupción se reprime a quien "en sitio público ejecuta o hace ejecutar exhibiciones obscenas" (art. 158), de qué modo precisar la idea del bien jurídico "seguridad pública", si se prevé entre los delitos "contra la salud pública", el hecho de poseer "droga o materia prima en pequeñas cantidades" y, al mismo tiempo, el declarar que "no es reprimible el que, **sin contar con autorización médica**, posee droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo" (arts. 276, inc. 5 y 279, respectivamente). El consumidor debutante debería, primero, conseguir la autorización médica; pues, si ya es un consumidor podría ser reprimido por haber poseído droga sin autorización. A la autoridad noción de "seguridad pública" no debería reconocérsele sino la consistencia de un chicle goma.

La consagración del principio de culpabilidad es superfluo si se hace, de este elemento de la infracción sólo la base y no el límite de la pena. Esto sucede, cuando se dice que "No hay hecho punible sin culpabilidad" (art. IV, ab initio). Esto parece haber hecho creer a los autores del proyecto que luego de fijar una escala de penas para los cómplices (art. 43), era posible disponer "que se aplicará a los partícipes de los delitos de tráfico ilícito de drogas la misma pena que corresponde a los autores".

No desmerece esta crítica, el hecho que se declare, en el mismo art. IV, que la "ley proscribire toda forma de responsabilidad objetiva". Así, los autores del Proyecto no han tenido en consideración que, en la práctica, la denominada pretensión no sirve sino para disimular la represión en base a una presumible culpabilidad negligente que no es factible de comprobar. Esta constatación ha conducido a eliminar de algunos proyectos modernos esta mixtura de culpabilidad (por ejemplo, los proyectos suizos). Con la finalidad de respetar, efectivamente, el principio de culpabilidad, se dispone la aplicación de las reglas sobre concursos: el autor será reprimido como autor, en concurso ideal, de una infracción dolosa (lesiones) y de un delito culposo (homicidio).

El artículo VI recoge la prohibición general de la analogía estatuida en el art. 233, inc. 7, de la Constitución. Esto no es óbice, para que los autores faculten al juez a recurrir a este procedimiento intelectual. Así, cuando al describir las lesiones graves se refieren "a cualquier otro daño grave (a) la salud física o mental"; o cuando completan una incriminación mediante el término "análogo" (arts. 145, 298).

Esto no es desconocido por alguno de los autores del Proyecto, como tampoco del hecho que, teórica y judicialmente, se admita la aplicación analógica en favor del procesado. La prohibición general resulta, en la Constitución y en el Proyecto de código, un mero "saludo a la bandera".

Ambiciosa es, igualmente, la declaración que "la ignorancia de la ley no excusa" (art. IX) y su confirmación en el sentido que "el desconocimiento de la ley es inexcusable" (art. 29), en la medida

en que esta disposición estatuye que "el error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable, exime de pena".

Por último, baste señalar la vaguedad de la norma que indica, de un lado, que "las penas tienen función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora, y, de otro lado, que "las medidas de seguridad persiguen fines de curación y rehabilitación". Frente a nuestra realidad social difícilmente puede imaginarse otra declaración tan baladí y petulante.

En resumen, no somos partidarios del statu quo legislativo, Sí somos contrarios a que la reforma del derecho penal se siga concibiendo como un simple acto legislativo imitador de modelos foráneos. Creemos que es hora de pensar seriamente en que toda reforma penal constituye un análisis y un replanteamiento de Política Criminal. Lo que no supone necesariamente un abandono, sino - como debería ser en nuestro caso - el desarrollo de la concepción consagrada en el Código Penal. Esto supone liberarse del complejo consagrada en el Código Penal. Esto supone liberarse del complejo de Licurgo o Napoleón y optar por el espíritu del pionero y creador.

### **13. Política criminal y realidad social**

La descripción que hemos hecho, esquemáticamente, de la manera como el Estado ha reaccionado legislativamente frente al fenómeno delictivo, no puede ser bien comprendida si no se tiene en cuenta el contexto socio-político en que se produce. Esta no es la obra en que debe analizarse exhaustivamente esa realidad. Pero, así como lo hacemos más adelante al presentar la evolución histórica de nuestro derecho penal, creemos necesario hacer las siguientes reflexiones.

Aunque sea una verdad trivial, no se puede dejar de decir, que el orden jurídico, en general, y el penal, en particular, están vinculados, estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socio económico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación se refleja, igualmente, en relación con la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria que elaboren no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible - sin un adecuado conocimiento de la realidad - elaborar y aplicar una Política criminal coherente y eficaz.

Para analizar las relaciones entre los factores sociales y el sistema punitivo, es indispensable tener en cuenta la diferencia notoria e inmensa que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. En nuestro caso, sobre todo, porque las explicaciones doctrinarias, formuladas con pretensiones de universalidad, son el resultado de la labor de los juristas de los países europeos. Sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad.

El cambio es un elemento propio de todo grupo social. Su naturaleza e intensidad varían en función de la sociedad en la cual se produce. En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico produce modificaciones sociales profundas, que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética. La libertad de las personas, la formación de su personalidad y su supervivencia son afectadas, directamente, por estos progresos: así, por ejemplo, el intento de emplear abusivamente la informática en la realización de censos poblacionales en Alemania Federal, la invasión indetenible de la pornografía gracias a la electrónica y las experiencias de fecundación humana en probetas. La estabilidad social y política reinante en esos países permite canalizar los cambios evitando perturbaciones sociales de carácter radical.

Diferente es la situación en los países subdesarrollados, donde el contexto socioeconómico se caracteriza por una violencia e inestabilidad subyacentes a todo el sistema. Las desigualdades sociales son enormes. La desocupación es crónica y afecta a una gran parte de la población. La organización política es insuficiente, no ofreciendo a los individuos la posibilidad de participar en el gobierno del país. Esta descripción, necesariamente esquemática, debe ser apreciada considerando que la estructura social de estos países no es homogénea. En su interior, existen zonas más ricas que otras; las mismas que tienen una peculiar vinculación entre ellas y con los países desarrollados. En el Perú, país andino y amazónico, constituye un factor decisivo, por ejemplo, la población indígena.

Un Estado inestable y pobre no dispone de medios suficientes para realizar una política criminal eficaz. Frente a la delincuencia común, una de cuyas causas es el orden económico, el Estado tiene como medio de lucha más accesible el poder punitivo en su aspecto puramente represivo. La amenaza penal deviene indispensable. Se recurre a sanciones severas para tratar de limitar el avance de la criminalidad. Con el fin de alcanzar este fin de prevención general, el Estado multiplica las leyes penales. Así, por ejemplo, casi todas las leyes de orden económico, laboral o administrativo contienen normas penales.

La hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la administración de justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevado número de procesos, muchos de naturaleza grave. A pesar de la ausencia de estadísticas oficiales seguras, se puede estimar que un 70 % de detenidos no han sido todavía juzgados.

La severidad de la pena prevista en la ley respecto al acto imputado al detenido determina las condiciones de su detención. Lo mismo puede decirse que la pena requerida por el Ministerio Público - determinada a su vez por la fijada legislativamente - condiciona el juzgamiento del acusado. Así se origina un círculo vicioso de consecuencias desastrosas para quien es detenido como simplemente sospechoso.

El problema se origina no tanto en razón de la incapacidad funcional de los órganos de juzgamiento o del número de funcionarios, sino, sobre todo, al carácter eminentemente represivo del sistema penal. Además, su aplicación es realizada de acuerdo a reglas procesales deficientes e incompletas que los magistrados interpretan de manera demasiado legalista. Aunque las leyes procesales y también la Constitución consagran los principios fundamentales del derecho liberal; y a pesar que éstos son, frecuentemente, invocados por los jueces en sus resoluciones, es innegable que dichos principios son desnaturalizados. Por ejemplo, la **presunción de inocencia del inculpado** pierde casi toda su significación cuando, antes de declararlo inocente, se le somete a una larga detención preventiva y no se le indemniza en forma alguna. Lo mismo sucede con el **principio in dubio pro reo**: en los casos de tráfico de drogas o de terrorismo, por ejemplo, los jueces de primera instancia prefieren - en caso de duda sobre la responsabilidad del inculpado - condenarlo para evitar - en caso de absolución - la sospecha de corrupción; y dejar, de esta manera, la decisión definitiva en manos del tribunal superior.

La suerte del inculpado, sospechoso de ser el responsable de una infracción, está determinada - en la mayor parte de los casos - por la manera cómo la Policía ha hecho sus constataciones. La investigación policial realizada, casi siempre, luego de haberse producido el delito, constituye una etapa del proceso penal (no regulada legalmente). La intervención y la vigilancia del Ministerio Público se orienta a darle las garantías mínimas. La investigación judicial (constitucional y legalmente prevista) no es sino una tardía e incompleta repetición de la investigación policial.

El papel de la Policía en el funcionamiento del sistema punitivo es capital. Su importancia práctica sobrepasa los límites legales de su poder, La Policía es el órgano estatal confrontado directamente contra la delincuencia y con toda actividad política subversiva. Esta poder de policía ya no puede ser comprendido sólo en el sentido estrecho en que era concebido en el Derecho administrativo. Su carácter multifacético constituye su principal peculiaridad.

En nuestro país, la Policía no constituye un cuerpo unitario. En la Constitución misma, se habla de Fuerza Policiales conformadas por la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones y la Guardia Republicana. Su función es mantener el orden interno del país. La lucha contra la delincuencia es competencia de las dos primeras. Entre ellas existe descoordinación, muchas veces contradicción por falta de una dirección común. En general, la Policía está insuficientemente equipada y sus miembros no son suficientemente remunerados. Esto facilita la existencia de un fenómeno de corrupción bastante difundido. En los últimos años, el tráfico de drogas ha jugado un papel decisivo en la agravación de este problema.

La existencia de una Policía Judicial y otra del Ministerio Público no implica una mejora de la actividad policial. Estos cuerpos policiales no son sino partes dependientes de la Policía de Investigaciones. Entre nosotros, no se ha hecho, en ningún momento, realidad la idea de organizar una Policía Judicial

autónoma y bajo la de procedimientos penales de 1940 que regulaban su organización y funciones permanecieron letra muerta.

La naturaleza particularmente represiva de la legislación penal; la frecuencia con que se ordena la detención de los inculpados, la lentitud con que se desarrollan las investigaciones y se llevan a cabo los juzgamientos, son causas determinantes de la sobre población de los establecimientos carcelarios. Estos no son sino simples depósitos donde los detenidos (prevenidos y condenados) sobreviven en condiciones inhumanas.

La incipiente política penitenciaria no es realizada en función de las necesidades del país. La contenida en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal constituye - por ejemplo - una utopía; pues, resulta utópico pretender organizarla de acuerdo con las exigencias de una ciencia penitenciaria elaborada conforme a las posibilidades de los países económicamente desarrollados. Como sucedió en los demás países latinoamericanos, en el Perú también se construyeron prisiones "modelos". construidos en la Capital, tales establecimientos funcionan poco tiempo según el sistema de detención previsto. Su capacidad es inmediatamente sometida a la detención previsto. Su capacidad es inmediatamente sometida a la detención previsto. Su capacidad es inmediatamente sometida a la detención previsto. Su capacidad es inmediatamente sometida al demanda del "mercado": el número de detenidos aumenta, las instalaciones se deterioran y la administración del establecimiento deviene imposible. Esto permite comprender por qué las autoridades están obligadas a realizar, periódicamente, "censo penitenciarios" con la finalidad de saber, cuántos detenidos hay o quedan en la prisión.

Los resultados de los esfuerzos realizados por los funcionarios son poco positivo, debido a que no ejercen, en la práctica, un control eficaz al interior de las prisiones. Los detenidos se organizan en bandas, dirigidos o sometidos por los más peligrosos, con el fin de dominar la vida de la prisión. Es así como el tráfico ilícito de drogas y de bebidas alcohólicas se instala, contando con la complacencia o complicidad de funcionarios o empleados del mismo establecimiento.

La realidad penitenciaria influye mucho en la marcha de la administración de justicia. La investigación judicial y el desarrollo del juzgamiento son con frecuencia perturbados por la ausencia del procesado. Esto es consecuencia de la desorganización de las prisiones. Es suficiente que para evitar comparecer, por diversos motivos, el procesado no responde al llamado del empleado que viene a buscarlo.

Es evidente que en estas condiciones, personales y materiales, los establecimientos de reclusión no cumplan con los fines de resocialización o de reeducación. Ni siquiera cumplan, con el objetivo primario de aislar a los detenidos de su medio. Los detenidos son corrompidos moralmente y destruidos físicamente. ¿Qué hacer ante tal situación? Responder seriamente supone la realización de estudios suficientes sobre la realidad delictiva y la capacidad del Estado para actuar eficazmente. La falta de dichos análisis no nos permite evitar ensayar una respuesta provisional. Se podría pensar - en primer lugar - que sería necesario multiplicar el número de "prisiones modelos" o desarrollar un programa educativo en favor de los detenidos. Pero, todas estas buenas intenciones, además de inadecuadas a nuestra realidad, no son conformes a la capacidad económica del Estado, el mismo que ya está en la incapacidad de alojar, alimentar, educar y de dar trabajo a las personas honradas. En segundo lugar, podría pensarse si no sería, finalmente, preferible concebir una política penitenciaria y, de manera general, una política criminal más modesta en sus pretensiones y adoptada a la realidad de los países subdesarrollados.

En el dominio penitenciario, parecería suficiente, debido a la mala situación económica, tratar de construir una red de establecimientos - aun rudimentarios - que permitiesen practicar una detención en condiciones higiénicas y morales satisfactorias. De esta manera, se lograría respetar, al menos, los derechos fundamentales de la persona. Dichos establecimientos deberían dar la seguridad a la persona que es internada que no será olvidada, que saldrá en buen estado de salud o, al menos, en el estado en que ingresó. Toda promiscuidad debería ser evitada.

Esta inorgánica reflexión no tiene otra pretensión que la de difundir algunas apreciaciones fruto de la experiencia personal; así como la de incentivar el estudio de nuestra realidad delictiva y de nuestro

sistema punitivo. Sin este estudio, el desarrollo de la doctrina y la elaboración de las leyes penales continuarán siendo incompletos e improductivos.

1. **Ancel**, Arch, de polit. crim., 1974, p. 23.
2. ANCEL, Rev. int. de crim, 1975, p. 222.
3. ANCEL, Rev. int. de crim., 1975, p. 226; ZIPF, Kriminalpolitik, p. 2-3. Ver: Rev. int. de d. p., 1978, No. 1, volumen consagrado a "Política criminal y derecho penal".
4. GIOJA, Ideas para una filosofía, T. II, p. 42.
5. NINO, ¿La ciencias jurídica es científica?, p. 5. Esta autor afirma que la función principal de la dogmática es la creación de derecho y que esta constatación debe ser tomada en cuenta por cualquier modelo de investigación jurídica que proponga, más allá de los perjuicios acerca de su presunto carácter científico. Ver del mismo autor: Responsabilidad penal, p. 65; Introducción, p. 321.
6. Défense sociale, p. 15-16. Es interesante observar, en las afirmaciones la manera que se establecen las relaciones y los fines de las tres disciplinas mencionadas: debiéndose no descuidar la calificación que hace en ellas y con la cual no estamos de acuerdo.
7. HURTADO, L'influence de la législation, p. 128.
8. Código Penal, edición oficial, p. 157.
9. D.L. 10976 del 25 de marzo de 1949.
10. Ley 12341 del 10 de junio de 1955; D.L. 17388 del 24 de enero de 1969 y D.L. 18140 del 10 de febrero de 1970.
11. Ley 15590 del 20 de agosto de 1965.
12. D.L. 18968 del 21 de setiembre de 1971.
13. D.L. 19910 del 30 de enero de 1973.
14. D.L. 10828 del 3 de diciembre de 1974.
15. Ver considerandos del D.L. 17106 del 8 de noviembre de 1968.
16. D.L. 17505 del 18 de marzo de 1969; derogado parcialmente por el D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981.
17. D.L. 19030 del 11 de noviembre de 1971 y D.L. 19962 del 27 de marzo de 1973.
18. Ver: D.L. 17106 de 8 de noviembre de 1968; D.L. 17388 del 24 de enero de 1969 D.L. 17716 del 24 de junio de 1969, art. 3 de las disposiciones especiales; D.L. 17816 del 16 de setiembre de 1969, D.L. 19049 del 30 de noviembre de 1971.
19. D.L. 20490 del 24 de diciembre de 1973. El mismo argumento fue invocado para eliminar la caución pecuniaria, condición para el otorgamiento de la liberación condicional, hecho que ha facilitado. por el contrario, la aplicación de esta institución.



20. D.L. 17716 del 24 de junio de 1969; D.L. 18457 del 3 de noviembre de 1970; D.L. 18882 del 15 de junio de 1971; D.L. 18275 del 15 de abril de 1970, derogado por el D.L. 21954 del 7 de octubre de 1977.
21. D.L. 20583 del 9 de abril de 1974.
22. D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981, art. 1è.
23. D. Leg. 330 del 6 de marzo de 1985.
24. D.L. 19030 del 11 de noviembre de 1971.
25. D.L. 19962 del 27 de marzo de 1973. Estas reformas han sido ratificadas mediante el D.L. 21895 del 2 de agosto de 1977.
26. D.L. 17110 del 8 de noviembre de 1971.
27. D.L. 19910 del 30 de enero de 1973, art. 5.
28. D.L. 20828 del 3 de diciembre de 1974, art. 3; D.L. 19910 del 30 de enero de 1973, arts. 2 y 3.
29. D.L. 12060 del 23 de diciembre de 1969.
30. Código Penal, edición oficial, p. 166.
31. Ver: **Hurtado**, Derecho 1973, No. 30, p. 103.
32. Código Penal, edición oficial, p. 166.
33. Ver: **Bernales-Rubio**, Constitución, p. 80.
34. Edición oficial, p. 165.
35. Ver Supra, No 11 b.
36. Ver: Infra No. 95.
37. Ver: **Hurtado** , La Revista 1981, p. 1.
38. Ver: BRICEÑO, Drogas, p. 160.
39. Ver Infra. No. 76.
40. Ver: HURTADO, Ministerio Público, 1984.

### 3. Evolución histórica del derecho penal en el Perú\*

#### 13. Perú, país subdesarrollado

El Perú es un país subdesarrollado. Esta situación es el resultado de un largo proceso histórico, iniciado por la Conquista española (1).

El Perú precolombino se desarrolló de manera autóctona durante un lapso de diez mil años y tuvo su expresión mayor en el Imperio de los Incas, que organizaron un Estado militar y económicamente fuerte, logrando así el fortalecimiento de sólidos patrones culturales, la adaptación a un medio geográfico difícil y cierto grado de creatividad (2)

Ese desarrollo independiente fue interrumpido por la Conquista y la Colonia, que consistieron en el sometimiento y en la transformación de la sociedad indígena, lo que significó la integración de América al sistema económico europeo, su transformación en un gran reservorio de materias primas del mercado europeo, factor importante del desarrollo industrial de Europa occidental. De esta manera, el Perú fue integrado al sistema mercantil mundial (3)

La Conquista fue el inicio de un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de los grupos que, unificados por la dominación inca, constituían el Imperio y, al mismo tiempo, significó su reorientación conforme a los cánones europeos. Durante el período colonial (300 años), las estructuras y normas de los conquistadores se desarrollaron en continuo proceso de interrelación y oposición recíproca. Según Karen **Spalding** (4) "el resultado final fue la organización interna del área andina como un sistema colonial basado en la sumisión de los miembros de la sociedad indígena hacia los de la sociedad europea, quienes a su vez se hallaban controlados y explotados por una metrópoli extranjera". La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo, no en el sentido de "integración social" significó la imposición de patrones sociales y culturales, lo que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. Junto a su lenguaje, religión, sistema económico y político, **los españoles trajeron e impusieron su derecho**".

La Independencia (5) produjo la ruptura de los lazos político-administrativos coloniales con España; pero no la quiebra de la relación de dependencia económica con la Metrópoli.

En ese aspecto, significó el paso a la esfera de influencia del imperio inglés. Internamente, se redujo a un "intento de reconstrucción solamente en términos políticos y declaratorios (6) La tenencia de la tierra cambia de manos y los financistas ingleses adquieren o consolidan su influencia mediante préstamos. La condición de los indígenas empeoró y los latifundistas "adquieren un poder de decisión local a un grado desconocido y hasta inconcebible en el tiempo de la Colonia" (7)

Así, la colonización española, primero, y la República, después, ligaron el desarrollo del Perú al sistema económico-cultural occidental, lo que determinó su condición de colonia, de región proveedora de materias primas, de país subdesarrollado (8)

Todo este proceso ha dado lugar a un desarrollo desigual de la sociedad peruana. Existe una marcada diferencia entre las situaciones en Lima y las provincias; en la sierra, la costa y la selva; en las zonas industriales y agrícolas; en el medio urbano y en el rural. No es de una uniformidad cultural en el país, y la separación de clases sociales es muy acentuada.

#### 14. Concepción dual de la sociedad peruana

Nuestra compleja realidad ha tratado de ser explicada de manera esquemática, afirmándose que se trata de una "**sociedad dualista**". Es decir, que en ella se distinguen, claramente, una sociedad arcaica, tradicional, agrícola y en estagnación. Y otra sociedad, moderna, urbana, industrial, dinámica, progresista. Esta última estaría animada por una acentuada propensión hacia el cambio; y, los progresos técnico-culturales que se reciben en este sector permanecen en él, sin poder beneficiar al

otro. La cultura del sector tradicional se mantiene intacta y conserva toda su fuerza de resistencia al cambio (9)

Esta separación nítida entre dos sociedades no es posible de distinguir en la realidad. El dualismo es una explicación marcadamente abstracta, formulada desde un punto de vista estático. Es destacar ambos extremos de la situación nos impide comprender el mecanismo interno de las relaciones existentes entre la pluralidad, se trata de una sociedad en la que sus componentes se encuentran en una particular relación de integración. Al interior de la sociedad peruana existen sectores que constituyen especies de metrópolis de otros. Estas relaciones forman los primeros eslabones de la cadena mundial de "**metrópolis y satélites**" (10) De modo que el desarrollo de un sector entraña el subdesarrollo de otro, por lo que mejor conviene hablar de "**colonialismo interno**" y no de "**sociedad dual**" (11) V Bravo **Bresani** (12) afirma, correctamente, que "es muy difícil, para el que conoce el Perú y lo ha recorrido varias veces, separar, como lo desearían los dualistas, un 'mundo tradicional' homogéneo y estable de un mundo moderno, homogéneo y dinámico. Lo que él ve más bien es un pluralismo, de muchos géneros, con varios tipos de dinamismos, pero sin la posibilidad de que tales '**dinamismos**' se resuelvan en una elevación colectiva de los niveles de vida, de la integración de los mercados y de la homogeneización de las culturas".

Las consecuencias de esta realidad económica en el dominio de la cultura han sido, últimamente, estudiadas, con detenimiento, por diversos especialistas extranjeros y nacionales (13)

## 15. Cultura de la dominación

Entre nosotros Augusto **Salazar Bondy** sostuvo que "la cultura del conjunto de la población que habita dentro de las fronteras del Perú es plural, híbrida, carente de integración, dominada por los mitos enmascaradores; prevalecen en ella la mistificación de los valores, la inautenticidad de las actitudes, la superficialidad de las ideas y la improvisación de los propósitos. Es una cultura, además, sin fuerza creadora y predominantemente imitativa. La llamamos cultura de la dominación" (14) Con el fin de explicar esta situación, propone la "tesis de la dependencia como causa fundamental, descartando la raza, la tradición, la lengua o la religión como factores determinantes". Y, la dependencia se da, para él, en el sentido tanto de un lazo de subordinación cuanto de un sistema social y económico, mediante el cual se establece y perenniza tal lazo (15).

El planteamiento de **Salazar Bondy** ha sido puesto en tela de juicio por David **Sobrevilla** en un enjundioso trabajo que hemos citado anteriormente (16) Luego de un riguroso análisis crítico **Sobrevilla** resume la "tesis central" de **Salazar** en la siguiente fórmula: "la cultura de un pueblo dominado es necesariamente inauténtica" y concluye afirmando de que, pese a su fuerza emotiva, es en lo esencial incorrecta (17) **Sobrevilla** se apoya en dos ejemplos históricos para negar la tesis, según él, central de **Salazar** Se trata, primero, del caso de Alemania luego de la Guerra de los Treinta Años. En su opinión, difícilmente se podrá imaginar condiciones de dependencia mayores para un país que las que tuvo que soportar en esa época Alemania y, sin embargo, no se puede decir que la filosofía de **Leibniz** fuera inauténtica. El segundo ejemplo, es el de la Unión Soviética, país independiente, respecto al cual se pregunta: si su filosofía leninista es auténtica o un producto esencialmente derivado del marxismo, que a su vez procede del idealismo alemán (18)

No siendo el estudio de estos problemas el dominio particular de nuestras investigaciones, nos sentimos desarmados para pronunciarnos por la corrección o inexactitud de estas posiciones. Permítasenos señalar, primero, que quizás sea necesario tener en cuenta que **Salazar** parece preocuparse, sobre todo, en el por qué no existe "**unidad cultural**" en el Perú (19) la única que, en su criterio, "sería capaz de producir, en el nivel de la alta cultura de nuestro tiempo, la ciencia, la técnica, el arte, las ideas y creencias capaces de dar al país, con **autenticidad**, la significación mundial" (20) En segundo lugar, nos parece oportuno preguntarnos, sobre la conveniencia de comparar el caso de Alemania, luego de la Guerra de los Treinta Años, con el Perú. Se admite, hoy en día que la situación sociocultural que caracteriza a los denominados países subdesarrollados no puede ser equiparada a períodos pasados de los países desarrollados. Estos nunca fueron subdesarrollados, aun cuando todavía no eran desarrollados. La condición de subdesarrollo de un país no puede ser comprendida como el producto de sus propias estructuras o particularidades económicas, políticas, sociales y culturales. Por el contrario, los estudios sobre la evolución de tal

situación muestran que es el producto histórico de las relaciones presentes y pasadas entre los "satélites subdesarrollados y las ahora desarrolladas metrópolis" (21)

Siendo tan diferentes en grado y naturaleza las situaciones de dependencia en que se encontró Alemania después de la Guerra de los Treinta Años y el Perú durante la Colonia y hasta ahora, no se puede concluir, necesariamente, que produzcan los mismos efectos en diversas latitudes y sobre la vida de pueblos tan diferentes.

Las anteriores observaciones deben ser tomadas como manifestación de curiosidad y preocupación intelectuales. La clarificación total de las dudas que existen al respecto tendrá lugar en la medida que se estudien sus diversos aspectos y en todos los dominios de nuestra realidad cultural. Ahora bien, y como un pequeño aporte, incluimos aquí lo tocante a la recepción del derecho penal así como la influencia de las ideas penales foráneas, en este campo, en nuestro país. Es necesario anotar que el panorama socio-cultural descrito en los párrafos anteriores, no es sino el telón de fondo de este suceso cultural.

## 16. Imposición del derecho penal por los colonizadores

Los españoles trajeron e impusieron, mediante la colonización, su cultura: idioma, religión, sistema político y económico, derecho, etc. Diversas Leyes de Indias datan de los primeros momentos del descubrimiento (la recopilación de estas leyes tuvo lugar en 1680). Las disposiciones legales españolas que estuvieron vigentes fueron las contenidas en las Siete Partidas, La Nueva Recopilación, las del Estío, las de la Novísima Recopilación y, asimismo, las del Fuero Real. La implantación de este orden jurídico no comentó con una radical eliminación del Derecho indiano de carácter consuetudinario. En un principio, se reconoció la vigencia de todas aquellas reglas que no contradecían los principios básicos del orden español (22) A medida que avanzó y se consolidó el sistema colonial decreció su importancia.

En esta etapa histórica, no es posible hablar de recepción de un derecho extranjero. Se trata, más bien, de **la imposición de un ordenamiento jurídico extraño a la población aborigen**, y ésta no desempeñó el rol de sujeto activo en este proceso, sino más bien fue el objeto. Lo contrario es condición indispensable de toda recepción, que es la aceptación consciente y voluntaria de un Derecho extranjero. Es decir, que ella, no conlleva la coacción ni la destrucción del pueblo receptor (23) La Conquista española representaba la cultura occidental. Por estas circunstancias y por el carácter mismo de la conquista y la colonización, esta confrontación no podía culminar sino con la dominación político-económico de los vencidos y en su aculturación (24)

Junto con la imposición del ordenamiento legal positivo, los españoles importaron la concepción filosófico-jurídica imperante en la Metrópoli. Oidores y teólogos seguían las enseñanzas de filosofía tomista dadas en las Universidades de Salamanca y Alcalá. En lo penal, tal concepción era retributivo-expansionista (25)

El predominio absoluto de la concepción jusfilosófica hispánica duró hasta fines del siglo XVIII, época en que comenta la influencia de los filósofos franceses e ingleses, especialmente **Rousseau y Bentham**. La influencia francesa fue acentuada en la formación de los precursores de la Independencia y de los libertadores mismos.

Las leyes españolas permanecieron en vigor en el Perú, como en el resto de América y España, hasta el siglo XIX. La independencia (1821), si bien constituyó "un momento de emergencia nacional", no produjo una "ruptura con el pasado, sino en el terreno sentimental y emocional". Las nuevas repúblicas americanas reconocieron, además del perfil administrativo precedente, la vigencia de cuantas disposiciones habían regido y no estaban en oposición a las nuevas leyes y recientes decretos (26)

En las primeras décadas de la vida republicana, no se estableció un orden interno capaz de sustituir eficazmente a la administración colonial. Las elites criollas adoptaron para la nueva República la organización demoliberal. Se preocuparon, sobre todo, de diseñar un Estado mediante la elaboración de constituciones que más sirvieron, en diferentes ocasiones, para el surgimiento de dictaduras,

dejando de lado, por el contrario, la redacción de códigos fundamentales. Pero, durante el siglo XIX y en armonía con sus principios ideológicos, los grupos gobernantes promulgaron diversas normas legales en relación a los indios y esclavos con el objeto de cambiar la situación de sujeción económica en que se encontraban. "Sin embargo - como señala **Cotler** (27) las condiciones estructurales en que emergía la naciente República hicieron posible que la realidad colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaron, a través de modificaciones de superestructura, modificar las bases socioeconómicas".

### **17. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Viadurre y las influencias francesa e inglesa.**

Una manifestación patente de la influencia tanto francesa como inglesa en las ideas penales de la nueva República, constituye el Proyecto de Código Penal elaborado por don Manuel Lorenzo de **Viadurre** en 1828 (28) Publicada en Boston, la obra de **Viadurre** consta de dos partes: una exposición teórica y el texto del proyecto. En la primera - que a veces es contradictoria- se nota una marcada influencia de los escritos **de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke y Bentham**. Sostuvo que el delito es el "daño causado a la sociedad con conocimiento", que "el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero" (29) y que "debe ser proporcionada a los delitos" (30) Según **Viadurre**, el "principal fin de la legislación (es) evitar los medios de que se cometan los crímenes", sin considerar a la pena de muerte en el catálogo de sanciones. Si bien es cierto que este Proyecto fue el "primer paso legislativo" en materia penal en el Perú, no se puede afirmar que se trató de un "código de factura irrefutable" (31) Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuyen de manera precisa lo que es el delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicación. En su mayor parte, son declaraciones de principio o normas de carácter procesal. Lo interesante de la obra de **Viadurre** es que busca un derrotero propio. En su opinión, "los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos" y agrega, "yo apenas hallo el Código de Francia" (32) Apoyó su trabajo en las ideas imperantes por ese entonces y no tuvo en cuenta lo hecho en España. En los años siguientes, no volverá a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original a partir del estudio y recepción de ideas europeas.

### **18. Código Penal de Santa Cruz en el Estado Sud-peruano de la Confederación Perú-boliviana**

De octubre de 1836 a julio de 1838 rigió en el Estado Sud-peruano el Código Penal boliviano impuesto por el General Santa Cruz cuando se constituyó la Confederación Perú-boliviana. En la parte considerativa del Decreto de 23 de junio de 1836, se señala el inconveniente de que siguieran subsistentes las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a partir de 1822 y las españolas; y, por último que "los códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, han producido en seis años de práctica los más felices resultados" (33)

Dicho Código Penal estuvo inspirado en el Código español de 1822, en el cual se nota una marcada influencia francesa, derivada del "movimiento de la Enciclopedia" y del "movimiento codificador francés" (34)

### **19. El primer Código Penal peruano (1863) y la recepción del Código Penal español de 1848-50.**

En las siguientes tentativas de codificación penal, se acentúa en el Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un Código Penal; pero sólo la nombrada por el Congreso de 1853 logró elaborar un Proyecto. Dos comisiones revisaron este Proyecto (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de 1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al Código Penal español de 1848-50 por haber creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia", y en razón a que "estado las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones" (35)

El Código Penal español de 1848-50, modelo seguido por nuestro legislador, fue **imitación** del Código brasileño de 1830, "copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810" (36) El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el argentino, quien

siguió de manera harto fiel el Código bávaro de 1913, obra de Anselmo **Feuerbach** y el de **Luisiana** (a través de la exposición de **Livingston**) (37)

Este apego al modelo español se nota, igualmente, en la legislación procesal penal. El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863 tuvo como fuente inmediata a la ley española denominada Reglamento Provisional de 26 de setiembre de 1835.

A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la República, se puede admitir con **Zavala Loayza** (38) que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta "Summa", formaron el arsenal del Convictorio Carolino y, después, de las Universidades. El ambiente en la República se modificó poco, luego que otras generaciones sucedieron a las de **Viadurre**, Sánchez **Carrión**, Luna **Pizarro**, etc.

En buena cuenta, lo anterior nos indica que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España por lo que la Importación del modelo español (Código 1848-50) puede ser calificada de **recepción homogénea**; ya que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del Código recepcionado y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una **recepción plural o ecléctica** (39)

Es cierto que el legislador peruano no realizó una transcripción literal del Código español, sino que lo modificó para adecuarlo al "estado del país". Pero también es acertado afirmar que sólo tuvo en cuenta un aspecto de la realidad peruana, ignorando a la numerosa población nativa, que si bien había sido "modelada" al estilo hispánico durante la Colonia, no se podía sostener que sus "costumbres" estuvieran "vacías en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla". Los indígenas, mayoría entonces en el país, no eran sujetos activos en este proceso de recepción, sino que lo soportaban como lo hicieron con la legislación colonial.

## 20. Marco doctrinario y legislativo de la reforma penal peruana

Desde los primeros años de su entrada en vigor, magistrados y especialistas consideraron necesaria la reforma de este Código. El Poder Ejecutivo nombró diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1877 y 1900. Entre estos intentos de reforma y los que tuvieron lugar en España existió una cierta correspondencia temporal, aunque no coincidieron totalmente en sus orientaciones (40)

Los juristas peruanos que manejaron el Código de 1863, siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos (41) Esto es notorio en las obras de Ricardo **Heredia** y de José **Silva Santisteban**. El primero siguió muy de cerca a Francisco **Pacheco**, "autor más destacado y principal del Código español de 1848", quien sustentó "la doctrina expansionista" en el sentido ecléctico que **Rossi** propugnaba" (42) **Silva** sustentó las ideas de **Ahrens** y sucedió a Pedro **Gálvez** en la enseñanza del derecho penal en el Colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de **Ahrens**, "el estudio del derecho natural" y "acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del derecho penal" (43) La llamada Escuela alemana de derecho natural creada por **Krause** y difundida principalmente por **AHRENS y ROEDER**, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos (44)

A partir de 1896, se produce una reacción contra la concepción jusnaturalista y krausista que predominaba; en ella destacan Manuel Vicente **Villarán** y Juan Bautista de **Lavalle** (1908-1922). En derecho penal, el positivismo italiano es acogido con entusiasmo. En 1889, Javier **Prado Ugarteche** escribe su tesis de bachiller: "El método positivo en el Derecho Penal" (45) Digno representante de esta corriente fue Oscar **Miro Quezada**, con su libro "Breves apuntes de Mesología criminal peruana" (Lima 1922).

Este fue el marco doctrinario nacional en el que tuvo lugar el movimiento de reforma que culminara con la promulgación del Código de 1924, hasta ahora vigente. En el plano internacional, es de señalar que en Europa se desarrollaba una intensa lucha entre escuelas penales (Clásica y Positivista) y que tenía lugar un amplio movimiento de reforma penal. Así en España se suceden sin éxito una serie de tentativas para modificar el Código de 1870; en Italia entre en vigor el Código de 1880 (llamado Código de **Zanardelli**); En Francia el viejo Código de 1810 es modificado por una serie de leyes

parciales; en Suiza se trabaja sobre la unificación del derecho penal; en Alemania se realizan también varios intentos de reforma del Código de 1870. En América Latina existe entonces, igualmente, un movimiento de esta naturaleza: en Argentina se adoptó un nuevo Código en 1921, cuyo proyecto databa de 1916-1917; en Venezuela sucede lo mismo en 1921 y en Uruguay en 1889.

Nuestro proceso de reforma se inició con el nombramiento de una comisión parlamentaria en enero de 1915. El Proyecto fue elaborado por Víctor M. **Maúrtua**, revisado por una nueva comisión en 1921 y, finalmente, aprobado sin discusión parlamentaria en enero de 1924.

## 21. El Código Penal de 1924 y el abandono de la fuente hispánica

Las fuentes legales a las que recurrió **Maúrtua** fueron diversas. Conservó ciertos elementos del Código de 1863, transcribió muchas disposiciones foráneas, ya sea de manera literal o variándolas parcialmente, recurrió a ellas para modificar algunas ya existentes en la legislación anterior. Algunas veces, redactó, en base a una idea consagrada en una de los modelos extranjeros, una regla sin precedentes en la legislación nacional o modificó algunas ya vigentes.

Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, en orden de importancia, los Proyectos suizos de 1915 - 16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el proyecto sueco de 1918.

La influencia de este último es mínima; pero no irrelevante. Se refleja en la adopción del **sistema días-multa** (art. 20 C.P.). La influencia holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y, sobre todo, en las referentes al concurso de leyes y de delitos. En el Libro tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguayo.

La impronta italiana se halla presente sólo en la Parte general del Código. Del Código de 1889, **Maúrtua** tomó en sus líneas generales, la sistemática, consistente en tratar primero de la ley penal, luego de la sanción y, por último, de la infracción. También adoptó su sistema de penas privativas de la libertad, paralelas (prisión de dos días a veinte años y penitenciaría de un año a veinte). Proviene, finalmente - sin ser exhaustivos-, del Proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por **Ferri**, el criterio de la peligrosidad, el sistema de índices generales subjetivos y objetivos de peligrosidad, que reemplazó al anterior sistema de agravantes y atenuantes; la relegación como medida de seguridad aplicable a los multireincidentes especialmente peligrosos y, por último, el "régimen de prisión".

**La influencia más intensa e importante es la helvética.** Sin exagerar se puede afirmar que se la encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta en las reglas del último libro, consagradas a la regulación de la entrada en vigor del Código y de su aplicación.

Esta influencia es particularmente nítida en lo referente a los elementos de la infracción y a las medidas de seguridad. Las disposiciones suizas sobre inimputabilidad y culpabilidad han sido fielmente transcritas. Las normas peruanas sobre las causas de inculpabilidad y de justificación han sido modeladas de acuerdo a las fórmulas helvéticas; y aquellas que norman el envío a una casa de reeducación por el trabajo de los delincuentes ociosos, o el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o de delincuentes de imputabilidad restringida, son directamente inspiradas de los Proyectos suizos.

La mayor parte de las figuras delictivas de la parte especial de nuestro Código han sido elaboradas de acuerdo a criterios suizos. También el orden en que han sido agrupadas es muy semejante al de los proyectos helvéticos: en primer lugar, los delitos contra la persona, luego aquellas que atentan contra la sociedad y, por último, los que se dirigen contra el Estado.

Siguiendo, pues, este inédito camino, el legislador nacional se alejó de la tradicional fuente hispánica quedando limitada, su hasta entonces enorme influencia, a las disposiciones del derogado Código que fueron conservadas y a aquellas que fueron tomadas del Código argentino. En la parte especial,

es más notoria la supervivencia de lo español; pero no porque el legislador se inspirara directamente en el modelo hispánico, sino porque mantuvo algunas disposiciones nacionales o incorporó algunas argentinas; o porque con frecuencia conservó, aunque de manera parcial, las anteriores expresiones castizas.

El abandono de la fuente española no fue una reacción de carácter político contra la antigua Metrópoli. Se trató más bien del alejamiento de una fuente en estagnación y vetusta. Los proyectos de reforma del Código español eran inferiores a los elaborados en los otros países europeos. El mejor de estos Proyectos, el de **Montilla**, fue de inspiración extranjera, precisamente suiza.

La orientación de la reforma penal no fue determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional. Los estudios de la ley penal, de la jurisprudencia y de la realidad delictiva no habían alcanzado un buen nivel. Las críticas al viejo Código eran frecuentes, sobre todo de parte de quienes defendían las ideas positivistas penales; sin embargo, no existía un arsenal de medios que hubieran permitido una reforma sin referirse directamente a modelos extranjeros.

Los modelos utilizados pertenecían a la misma "familia jurídica"; pero se diferenciaban en cuanto a la concepción que los inspiraba. El Código italiano de 1889 fue el máximo exponente de la concepción clásica, su proyecto sirvió de molde al legislador uruguayo y fue precedido por el Código holandés de igual orientación. El Proyecto italiano de 1921, fue expresión de las ideas positivistas de Enrico **Ferri** y los proyectos suizos constituyeron excelentes manifestaciones de la corriente ecléctica de la política criminal (posición intermedia entre los extremos clásico y positivista).

Por estas circunstancias, puede afirmarse que el Código peruano es ecléctico en su contenido y que la recepción de legislaciones extranjeras realizadas al ser elaborado es, igualmente, de naturaleza "pluralista o ecléctica".

## 22. Factores de la recepción del derecho penal extranjero en el Perú

A pesar de su comunicabilidad, es evidente que el derecho de un país no puede ser automáticamente transmitido o recepcionado. El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada país y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal (46)

Como en toda recepción, es de señalar tres factores decisivos en el caso peruano. El primero es el de la **dependencia políticocultural del Perú en relación con Europa**. Si bien no es posible hablar, como lo hacía **Koschaker**, de un "factor de poder", es claro de que las normas legales europeas, sobre todo las suizas, provenían de países considerados como modelos a seguir, en razón de su éxito económico y político (47)

En nuestro libro "La ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú", hemos analizado con más detenimiento este factor. Este es más notorio en relación con el derecho civil o comercial que en el derecho penal. La integración de los países al sistema económico imperante exige el establecimiento de un sistema jurídico capaz de proporcionar las condiciones de estabilidad, seguridad y garantía para la inversión extranjera y, en general, para las relaciones con los demás países, sobre todo los dominantes. Con referencia a esta circunstancia, es interesante recordar lo afirmado por René **David**, jurista francés, autor de Código civil etíope. **David** dijo: "seamos francos, se trata, de una manera amplia, de atraer a las empresas extranjeras, a los créditos y a las garantías sin las cuales no vendrían a Etiopía". Estas exigencias o influencias de orden político-económico constituyen lo que se denomina "factor de poder".

El segundo factor que debe haber empujado al legislador a escoger los modelos extranjeros que utilizó, es el de la **calidad legislativa** que, a su criterio, poseían. Esto es sobre todo cierto en relación con los trabajos legislativos suizos: la simplicidad y claridad de redacción, la flexibilidad de las descripciones de los comportamientos punibles, la amplia libertad de criterio que reconocen al juez, el dualismo del sistema de sanciones, son notas que permiten sostener que los proyectos helvéticos "eran eminentemente asimilables" (48) El Proyecto gozaba en el Perú y demás países



latinoamericanos de un gran prestigio, debido a que se inspiraban en la concepción positivista, muy en boga en estas latitudes, por ese entonces.

El tercer factor es de naturaleza fortuita; mejor dicho, se trata de un conjunto de circunstancias debidas al azar. En el caso peruano, estas circunstancias se dieron en la persona del autor del proyecto: Víctor M. **Maúrtura** era más bien un diplomático y especialista en Derecho internacional que un penalista. Su actividad diplomática en Europa y en América Latina, su aguda inteligencia, su insaciable curiosidad intelectual y su conocimiento de idiomas extranjeros (francés e italiano con seguridad), le permitieron conocer los dos proyectos de código penal más modernos, por entonces, y a redactar, a su vez, un buen código penal, a pesar que no era un especialista. Si el legislador helvético hubiese tan sólo redactado sus proyectos en alemán, la influencia suiza hubiese sido mínima o inexistente (49) **Maúrtura** debió tomar conocimiento del Código Penal holandés, mientras fue representante del Perú en la Haya (50) Si los miembros de la comisión y, especialmente, el autor del proyecto hubieran sido magistrados, otra hubiera sido la orientación de la reforma penal peruana. Y, Aquí, no debemos olvidar que las comisiones que elaboraron los proyectos de 1877 y 1900 - 1902 estuvieron constituidas por jueces, quienes imbuidos en el sistema tradicional siguieron mirando como modelo a la legislación hispánica.

El nuevo Código Penal peruano fue recibido con entusiasmo por los juristas, particularmente extranjeros, y de manera negativa por los magistrados nacionales. El carácter ecléctico de la recepción peruana, permitió a los especialistas, cada uno según su concepción personal, de alabar las virtudes del nuevo Código. Jiménez de **Asúa** destacó su orientación político-criminal y afirmó que "podía" figurar entre los más avanzados documentos legislativos y que se trataba de uno de los más importantes actos de legislación penal contemporánea (51) Mario **Manfredini** subrayó la influencia positivista (52) En la Société Générale des Prisons de Paris, se le comentó favorablemente cuando aún era proyecto y se sostuvo que había sido influenciado por la concepción jurídica francesa (53) Estuardo **Núñez** ha considerado que es fácil discernir en el código peruano una importante influencia alemana (54) Creemos que los elogios formulados en relación al código pecan por exageración; consideramos que se justifican parcialmente, si se tiene en cuenta tan sólo las innovaciones que contiene. Por ejemplo, las disposiciones sobre las medidas de seguridad y de prevención, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, el tratamiento de menores, Pero, un análisis de conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debida justamente a la diversidad de fuentes utilizadas; y, hasta en algún momento, da la sensación de tratarse de un mosaico inarmónico.

En todo caso, tampoco fue correcta la actitud extremadamente crítica de los magistrados. Las mismas instituciones laudadas por los juristas, fueron consideradas como el resultado de una "doctrina exagerada y peligrosa, cuya aplicación es utópica y que producirá consecuencias funestas" (55)

### **23. Enjuiciamiento de la obra del legislador de 1924 y la asimilación del derecho recepcionado**

El legislador nacional no recepcionó mecánicamente las disposiciones extranjeras, sino que trató de adecuarlas a la realidad del país; y prefirió a aquellas que tuvieran un precedente en la legislación vigente; y, muchas veces, utilizó en la redacción de la nueva disposición el giro nacional o mantuvo en parte su contenido. Así, pues, logró, a pesar de las innovaciones que introdujo, una cierta continuidad legislativa.

El afán de nuestro legislador tendiente a tener presente la realidad nacional es notorio cuando toma en cuenta, aunque imperfectamente, las diferencias existentes entre los habitantes del país. Lo hace, en primer lugar, estableciendo una medida de seguridad para los salvajes (pobladores primitivos de la Amazonía) y para los **indígenas semicivilizados** o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. Se trata de la "colocación en una colonia penal agrícola" en sustitución de la pena privativa de la libertad que se les hubiera impuesto (56)

En segundo lugar, es de notar que estatuyó como delito independiente el sometimiento a servidumbre o situación análoga a cierta clase de indígenas (arts. 225 y 226) (57)

La criticable en la obra del legislador peruano no reside en el hecho de que haya desertado de lo hispánico sino, en no haberlo realizado de mejor manera (58) Es decir, partiendo de un mejor

conocimiento de nuestra realidad y de las concepciones jurídicas contenidas en las disposiciones que recepcionaba; lo que la hubiera permitido realizar una obra coherente y adecuada a nuestro medio. Por otro lado debió comprender que para una correcta asimilación de las ideas contenidas en dichas normas era indispensable facilitar el acceso de los juristas y magistrados nacionales a las fuentes doctrinarias de donde procedían ya que, precisamente, su introducción no había sido precedida por su asimilación de parte de los especialistas. Esta labor, hubiera encontrado barreras casi insuperables entonces: principalmente, porque la más importante fuente legal empleada, la suiza, consistía en proyectos que no habían sido estudiados orgánicamente (59)

Por estas razones no se dio con facilidad, como en el caso de la recepción de la ley española en el Código de 1863, la recepción de las ideas jurídicas de los países de donde provenían las disposiciones del nuevo Código. Así queda confirmado que las recepciones de naturaleza "plural o ecléctica" producen "leyes huérfanas" (60)

Sin obras teóricas que orientasen a los jueces y sin los elementos materiales y administrativos indispensables, fue natural que las nuevas reglas no fueran aplicadas en un buen número (61) Es el caso, por ejemplo, de aquellas concernientes a las medidas de seguridad (62) al concurso de leyes y de delitos (63) y a los delitos contra la seguridad pública (64)

Esto parecería que es la confirmación de la crítica formulada por los magistrados respecto al carácter "utópico" de muchas disposiciones del Código. No obstante, este criterio fue exagerado y lo utilizaron con el propósito de impedir la incorporación a nuestro derecho de las nuevas instituciones como la condena y la liberación condicionales, las medidas de seguridad y de prevención, el moderno tratamiento de los menores delincuentes, etc. Por el contrario, esto debió ser ocasión para exigir una "**vacatio legis**" lo suficientemente extensa para que se estudiase la nueva ley y se organizaran con relativa tranquilidad las condiciones materiales mínimas para su aplicación. Debió servir, igualmente, para subrayar la necesidad de repensar, conforme a nuestra realidad, las disposiciones a recepcionar y de realizar los estudios criminológicos indispensables.

Nos parece que la principal enseñanza de **Maúrtua** autor del proyecto, no ha sido tomada en cuenta. A su manera, él enseñó el camino a seguir: recurrir directamente a las fuentes extranjeras (legislación y doctrina) y tener presente la realidad nacional. Los magistrados siguieron empleando, en la aplicación de las nuevas disposiciones, sus esquemas mentales caducos; y los juristas, con raras excepciones, no han asimilado correctamente las concepciones jurídicas que se hallan implícitas en las normas recepcionadas (65) El legislador no ha continuado en el camino que se había trazado; no ha podido elaborar una política criminal racional y no ha impulsado los estudios sobre nuestra realidad delictiva (66) En buena cuenta, se limitó al "acto legislativo de la recepción" y descuidó totalmente la segunda fase de todo proceso receptivo, consistente en la asimilación; es decir, en la real aplicación de las instituciones incorporadas al derecho nacional (67)

Que esta situación del derecho penal peruano, que es parte de la "cultura nacional", sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado, puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de fuerza creadora, que las actividades son de naturaleza predominantemente imitativa y que en él impera la improvisación.

#### **24. Fuentes legales del Código Penal de 1924\*\***

La influencia suiza en el Código Penal peruano debe ser colocada por encima de las demás. Sin embargo, determinar con certeza el texto helvético consultado por nuestro legislador resulta difícil, por la imprecisión existente en relación a la época exacta en que fue elaborado el Proyecto de Código Penal peruano de 1916 (publicado sólo en 1918) y, sobre todo, si se tiene en cuenta las fechas en que se publicaron los proyectos suizos y la posibilidad que tuvo el codificador peruano de consultarlos para redactar el texto de 1916, el difundido periódicamente en 1917 o el presentado al Congreso para su aprobación. La confrontación de estas versiones permite, por ejemplo, excluir como fuente legal de algunas disposiciones de nuestro Código al Proyecto suizo de 1918, cuando estas disposiciones ya aparecen en el Proyecto peruano de 1916 (publicado en 1918); por lo que resulta necesario recurrir a los anteproyectos helvéticos de agosto de 1915 y de 1916.

Sin exagerar, puede afirmarse que en casi todo el Código Penal se detecta, fácilmente, la influencia suiza. Desde el artículo primero, referente al "principio de legalidad", hasta las disposiciones del libro cuarto, consagrado a la "Vigencia y aplicación del Código", es fácilmente reconocible la ascendencia suiza. Muchas veces, el legislador peruano se ha limitado a transcribir literalmente las normas helvéticas; en diferentes oportunidades las ha tratado de adecuar a la realidad nacional. Es así mismo frecuente que las utilice para completar o modificar normas de diferente procedencia o viceversa.

El título del libro primero del Código ha sido estructurado por el legislador peruano siguiendo el modelo helvético. Estableció como regla general el principio de la territorialidad de la ley y como normas excepcionales los principios real o de defensa de la personalidad activa y de la personalidad pasiva. Los incisos segundo y tercero del artículo 5o. que definen estos dos últimos son fieles transcripciones de los incisos 2o. y 3o. del artículo 5o. A.P.S. 1916.

En relación a la regulación de los elementos del delito, se debe destacar que las definiciones de dolo y culpa, incorporadas en el Código (arts. 81 y 82) e inexistentes en el Código derogado, son de claro corte helvético (art. 16 P.S. 1918). La noción de culpa (negligencia) es idéntica a la contenida en el párrafo tercero de esta disposición. Lo mismo sucede con la regulación de la inimputabilidad (art. 85, inc. 1 CP; art. 12 A.P.S. 1915) y del error de hecho y de derecho (art. 87, párrafo 1o C.P.; art. 17 y 18 P.S. 1918); así como con la exigencia de recurrir a peritos cuando se tenga dudas sobre el estado mental del inculpado (art. 93 C.P.; art. 17 A.P.S. 1916). Las disposiciones que regulan las demás circunstancias que eliminan los elementos del delito (art. 85, incs. 2o. y 5o.) están impregnados por la influencia suiza, aunque su redacción haya sido elaborada a base de textos del Código derogado.

En este dominio, el apego del legislador peruano a la fuente suiza ha determinado que se siga reconociendo en la culpabilidad una base fundamental del sistema represivo. Quizás esta nota distintiva de los proyectos suizos fue decisiva para que no se reconociera la preponderancia del "estado peligroso" en la determinación de la sanción. Además, esto ha atenuado el alcance de algunas disposiciones, supervivencias del Código derogado, que reconocían la responsabilidad por el simple resultado. Por ejemplo, la regla del artículo 84, *ab initio* ("el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar"), es limitada por la incorporación de la regla helvética: "cuando el delincuente hubiere causado un resultado más grave que no quiso causar ni pudo prever, será castigado por la lesión que quiso inferir". Desafortunadamente, al redactar el artículo 167, el legislador no siguió a la letra el texto suizo. Tal vez por no comprender cabalmente los alcances de tal regla, hizo facultativa lo que era obligatorio para el codificador suizo (68)

Aportes suizos que se orientan a relevar el aspecto subjetivo, personal, en el momento de individualizar la represión, se advierten en la regla de que "las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible" (art. 104 C.P.; art. 24 A.P.S. 1915); la noción del delito imposible establecida en el artículo 99 (art. 23 A.P.S. 1915): haber "intentado cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible"; y la solución adoptada para resolver el concurso de varias leyes en la represión de un acto delictuoso (imposición de pena más grave y de las penas accesorias y medidas de seguridad aunque estén previstas en una sola de tales disposiciones; art. 105 C.P.; art. 67, p. 1o. A.P.S. 1915). Por el contrario, no admite la solución suiza para la determinación de la pena principal en el caso de concurso real de delitos. Pero lo hace en relación con la acumulación de las multas y la aplicación de las penas accesorias o medidas de seguridad, a pesar de que sólo están previstas en una disposición (art. 109 C.P.; art. 68, p. 2o A.P.S. 1915).

Es particularmente importante la influencia suiza en el sistema de sanciones contra quienes cometan una infracción. A ella se debe la incorporación de las medidas de seguridad contra delinquentes inimputables o de imputabilidad restringida (internamiento en un hospital un hospicio, arts. 89 y 91 C.P.; art. 13 y 15 A.P.S. 1916); contra delinquentes ebrios habituales (colocación en una casa de tratamiento o de trabajo, art. 41 C.P.; art. 42 P.S. 1918) y contra delinquentes que vivan de manera desarreglada o en la ociosidad (colocación en una casa de educación por el trabajo, art. 42 C.P.; art. 41 P.S. 1918).

El tratamiento previsto por nuestro legislador para los reincidentes y los delincuentes habituales no es semejante al concebido por el legislador suizo. Sin embargo, su noción de reincidencia sí ha sido incorporada en nuestro Código con algunas variaciones (art. 111 C.P.; art. 64 P.S. 1918).

Para terminar con la parte general del Código, nos queda tan sólo mencionar dos títulos que son de franca ascendencia suiza. Se trata del título XVI referente a la rehabilitación y del título XVIII consagrado al tratamiento de menores. Ambos títulos no tienen antecedentes en la legislación nacional y, sobre todo el último, comportaron un enorme paso hacia adelante. Las disposiciones peruanas no son mero reflejo de las helvéticas y en las referentes a los menores, en dos por lo menos, se observa la influencia positivista (arts. 137 y 145).

En la parte especial del Código, la influencia suiza puede admitirse hasta en el hecho de que el legislador haya eliminado los delitos contra la religión, previstos en el código derogado ya que, al mismo tiempo incorporó como delitos contra el orden publicó los atentados contra las convicciones en materia religiosa y la libertad de cultos (arts. 284 y 285 C.P.; art. 229 P.S. 1915).

También se debe a la influencia helvética el orden en que son reguladas las diferentes infracciones que, en líneas generales, puede ser descrito de la manera siguiente: primero, los delitos contra la persona; luego, los que atentan contra la sociedad; y, por último, los que se dirigen contra el Estado. En el detalle, se presentan algunas diferencias: por ejemplo, el legislador peruano ha colocado los delitos contra el patrimonio después de los delitos contra la libertad individual; por el contrario, el suizo lo hace inmediatamente después de los delitos contra la vida y la integridad corporal.

La mayor parte de los tipos legales han sido elaborados siguiendo los criterios suizos. Muchas veces, constituyen fieles reproducciones de los modelos. Así, por ejemplo, las definiciones de asesinato (art. 152 C.P.; art. 99 P.S. 1918), homicidio por emoción violenta (art. 153 C.P.; art. 100 P.S. 1918), infanticidio (art. 155 C.P.; art. 104 P.S. 1918), lesiones (arts. 165 a 168 C.P.; art. 108 a 110 P.S. 1918), injuria (art. 188 C.P.; art. 154 pf 1o. P.S. 1918), contra la libertad y el honor sexual (arts. 196 a 201 C.P.; arts. 162, 164, 166, 168, 170, 171 P.S. 1918), corrupción (art. 206 a 210 C.P.; arts. 173, 174, 176, 177, 178, 179 P.S. 1918), bigamia (art. 214, 215 C.P.; arts. 182 P.S. 1918), contra la libertad individual (arts. 222 a 224 C.P.; arts. 155 a 157 P.S. 1918), raptos de mujeres y menores (art. 228 C.P.; art. 158 P.S. 1918), hurto (arts. 237, 238 C.P.; art. 120 P.S. 1918), robo (art. 239 C.P.; art. 121 P.S. 1918), apropiaciones ilícitas (arts. 240, 241 C.P.; arts. 122, 128, pf. 2o P.S. 1918), chantaje (art. 250 C.P.; art. 133 inc. 2o, P.S. 1918), contra la seguridad pública (arts. 261 a 271, 274 a 279 C.P.; arts. 187 a 193, 203 a 205, 197 a 201 P.S. 1918), contra la tranquilidad pública (arts. 281 a 288 C.P.; arts. 224 a 228 P.S. 1918), contra la seguridad militar (arts. 289 a 295 C.P.; arts. 230, 231, 234, 237, 238, 243, pf. 1o P.S. 1918), falsificación de documentos (arts. 364 a 367 C.P.; arts. 217 a 220 P.S. 1918).

En muchos otros casos, la ascendencia suiza es evidente en el mejoramiento de la regulación de algunas infracciones. Un buen ejemplo es el del delito de aborto. En el código penal derogado (arts. 243 a 245) ya se consideraban distintamente el autoaborto, el aborto consentido por la mujer y realizado por un tercero, el aborto no consentido y la agravante en el caso de que médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos "abusen de su arte para cometerlo". La descripción de estas figuras ha sido mejorada de acuerdo a las disposiciones suizas (arts. 109 y 110 P.S. 1915, que figuran luego en P.S. 1918 como arts. 105 y 106) y el artículo 107 del p.S. 1918. Este no figuraba en el proyecto peruano de 1916.

Es así mismo interesante el caso del delito de adulterio. En el código derogado, se distinguía entre la comisión de este delito por parte de la mujer (art. 264) y del hombre (art. 265). El hombre sólo era considerado adúltero cuando tenía "manceba en la casa conyugal", lo que no exigía en relación a la mujer. El "codelincuente" de la mujer era igualmente castigado. Por influencia de los proyectos helvéticos, se equiparan ambos casos y son regulados en una misma disposición. Esta influencia se observa claramente en el hecho de que nuestro legislador ha preferido emplear el término "cómplice", utilizado por el codificador suizo (arts. 183, P.S. 1915 y 1812 P.S. 1918), al de "codelincuente" utilizado en el C.P. 1862, y en que ha incorporado como obstáculos al persecución del agente, el consentimiento y el perdón del cónyuge ofendido y la necesidad de que éste pida el divorcio por razón de adulterio. Junto a esto, mantuvo los que establecía el código derogado: instancia de parte y abandono de consorte.

Por último, señalemos el caso del delito de estafa. En el artículo 244, nuestro legislador lo describe como el acto de procurarse o de procurar a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, utilizando nombre supuesto, calidad simulada, falso títulos, influencia mentida, abuso de confianza, aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o mediante cualquier otro artificio, astucia o engaño. La enumeración de los medios precede del artículo 345 del código derogado; pero, la exigencia de que se obtenga o produzca a otro un provecho ilícito en daño de un tercero, es de ascendencia suiza.

Sin embargo, nuestro legislador no ha aceptado del todo el criterio helvético, ya que para éste bastaba sólo que el agente tuviese el "propósito de procurarse o de procurar a otro un enriquecimiento ilegítimo" ("dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime") (art. 113 A.P.S. 1915; art. 129 P.S. 1918). Esta modificación no figuraba en el proyecto peruano de 1916, cuyo artículo 241 es más bien una copia del art. 187 de los proyectos argentinos de 1906 y 1917. De esta manera, el legislador peruano mantenía en realidad la concepción del legislador de 1862, pero revistiéndola de cierta modernidad en el lenguaje.

El libro cuarto del Código peruano ha sido elaborado siguiendo el modelo helvético. Este influjo es notorio en el título que se le da: "Vigencia y aplicación del Código Penal" ("Entrée en vigueur et application du Code pénal": libro tercero, P.S. 1918; igual, en el P.S. de 1915). Del mismo modo, es ostensible la influencia en la estructura adoptada, ya que en la ley peruana se subdivide este libro tercero en títulos correspondientes a los previstos por el legislador suizo y referentes a la relación entre el código penal y la legislación anterior ("Relación entre le code pénal et la législation antérieure", chapitre premier, P.S. 1918), al patronato (chapitre huitième, "Exécution des peines - Patronage"), al Registro Judicial ""Casier Judiciaire", chapitre cinquième, P.S. 1918), a la jurisdicción de menores ""Procédure à l'égard des enfants et des adolescents", chapitre septième, P.S. 1918), y a las disposiciones finales (Chapitre onzième, "Dispositions finales").

Las disposiciones contenidas en estos títulos son semejantes a las suizas, salvo en aquellos casos en que la diferencia de realidades era tan grande que impedía una simple transcripción; por ejemplo, en el caso de la organización procesal.

La diferencia más clara entre el proyecto peruano de 1916 y el código aprobado consiste, en primer lugar, en la incorporación de normas de corte positivista (P.I. 1921).

La supervivencia de lo español es notoria en la parte general del Código; primero, en la regulación de las causas que eliminan los elementos del delito (acción, antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad). Al respecto, el legislador peruano ha conservado la técnica utilizada en el código derogado. En el título X del libro primero, bajo la denominación de "causas que eliminan o atenúan la responsabilidad", agrupa las causas de inimputabilidad y de imputabilidad restringida (arts. 85, inc. 1o. y 90), la legítima defensa (art. 85, inc. 2o.), en estado de necesidad (art. 85, inc. 3o., **in fine**), el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función y profesión (art. 85, inc. 4o.), el acto ordenado competente (art. 85, inc. 5o.), el error de hecho y de derecho (art. 87, inc. 3o.). En algunas de estas disposiciones se mantiene, total o parcialmente, el texto del código derogado. Así, en la enumeración de las circunstancias en que se da la legítima defensa (C.P. 1862, art. 8, inc. 4o.), en la referencia a la fuerza física irresistible y la coacción (C.P. 1862, art. 8 inc. 8o., **ab initio**), en la definición de "eximentes incompletas" (C.P. 1861, art. 9, inc. 1o; C.P., art. 90), en la declaración de que la ignorancia de la ley penal no exime la pena (C.P. 1862, art. 6 - para todo delito -; C.P.; art. 87, pf. 2o., sólo para los que merecen pena mayor que la de prisión). Respecto a las restantes normas, sólo se pueden considerar totalmente nuevas las que regulan la inimputabilidad y el error. Estas y las modificaciones realizadas en las otras son de inspiración helvética.

En segundo lugar, es de señalar el título VIII del libro primero, referente a la reparación civil. El legislador ha transcrito literalmente cuatro artículos del código derogado: 87, 88, 89 y 93 (C.P. 1924, arts. 66, 68, 79 y 71, respectivamente). El texto del artículo 70 del Código vigente, que se refiere a la solidaridad de los participantes en el cumplimiento de la reparación civil, es muy semejante al párrafo 10o. del artículo 92 de la ley derogada. En las restantes disposiciones de este título es clara la influencia italiana.

Por último, el legislador ha conservado algunas disposiciones diseminadas en los demás títulos de la parte general del Código. Es el caso, por ejemplo, del artículo 84, **ab initio**, que dispone que "el delito

es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar". Esta regla figuraba en el artículo 7 del código derogado. Se trata de un reconocimiento expreso de la "responsabilidad por el simple resultado". Ambas disposiciones hacen también referencia a que la persona lesionada sea distinta a la que quiso realmente dañar. En el nuevo Código, el significado de esta última regla es otro, debido a que el legislador ha agravado una norma italiana (P.I. 1921, art. 14).

Procede, igualmente, del Código derogado (art. 3, pf. 2o.) la definición de tentativa contenida en el artículo 96, párrafo final ("el agente hubiere comenzado simplemente la ejecución del delito") y la regulación de la participación de los delitos por omisión; el artículo 101 del Código vigente es una reproducción literal del artículo 14 del Código derogado.

En la parte especial del Código, la presencia de la tradición española es más frecuente, pero bastante diluida. Pocos son los nuevos delitos incorporados al Código vigente que no figuraban ya en el derogado. Por esto, es raro que los diferentes títulos de la parte especial no conserven cierto aire español. Pero, no porque el legislador se haya remitido directamente a la fuente hispánica, sino porque mantiene algunas disposiciones y expresiones contenidas en el código de 1862 o porque se transcriben disposiciones argentinas.

Respecto al Código argentino de 1922, Jiménez de **Asúa** (1943: 213) afirmó que "para la técnica antigua y consagrada, el Código argentino ha buscado inspiración en el Código español, bien directamente, o bien, con más frecuencia, por mantenimiento de los viejos preceptos del código derogado que, en numerosos pasajes, tomó por modelo la ley española de 1870". Por esto es que la influencia argentina implica el mantenimiento de las disposiciones de tradición española. Esta influencia se halla presente, sobre todo, en las normas nacionales que prevén los delitos de duelo (arts. 171-178), de supresión y alteración del estado civil (arts. 217-219), violación del secreto de la correspondencia (arts. 232-235), estafa y otras defraudaciones (arts. 244-248), usurpación (arts. 257-258), piratería (arts. 270-273), rebelión y sedición (arts. 302-313), desacato (art. 328), concusión (arts. 343-345), peculado (arts. 346-348), prevaricado (arts. 354-357), denegación y retardo de justicia (arts. 354-361). No significa que todas estas disposiciones hayan sido simplemente importadas por el legislador peruano; buena parte de ellas ya estaba en el Código peruano derogado.

La influencia italiana proviene de dos vertientes: del Código Penal de 1889 y del Proyecto **Ferri** de 1921, y sólo concierne a la parte general. Del Código de 1889 o de **Zanardelli**, tomó el legislador peruano los lineamientos generales de su técnica. Esta consistía en regular, primero, la ley penal; luego, las penas y, por último, el delito. De esta manera, abandonó la base que le ofrecía el código derogado que regulaba, primero, las formas de aparición del delito, la responsabilidad del autor y de los partícipes y, sólo después, las penas.

El mismo modelo italiano se siguió para establecer el paralelismo en cuanto a la duración de las dos principales penas privativas de la libertad: la penitenciaría (art. 12, de un año hasta veinte) y la prisión (art. 14, de dos días hasta veinte años). Según los arts. 13 y 15 del Código italiano de 1889, la duración de ambas penas se extendía desde tres días hasta veinticuatro años. Semejante paralelismo existía también en el Código derogado.

Se nota, igualmente, la influencia italiana, pero de manera atenuada, en la regulación de las penas de multa (arts. 21 a 24 C.P.; art. 91 C.I.) e inhabilitación (arts. 27 y 28 C.P.; art. 20 C.I.), del desistimiento activo y del delito frustrado (arts. 95 y 97 C.P.; arts. 61.62 C.I.) y en la prescripción (arts. 120 a 124 C.P.; arts. 91 a 94 y 96 C.I.). Por último, se debe señalar que el legislador, aceptando el criterio admitido en el artículo 45 del Código italiano, convierte las faltas en infracciones formales cuyos autores deben ser castigados por el solo hecho de haberlas cometido.

El número de disposiciones del Código peruano que provienen, total o parcialmente, del Código de **Zanardelli** es mayor que el de las procedentes del Proyecto positivista de **Ferri**. Pero, la importancia de estas últimas es mayor, debido a la materia que regulan. Es el caso de los artículos 50 y 51, referentes a la aplicación judicial de las penas. En el artículo 51, se estatuye que la pena será impuesta de acuerdo a la "culpabilidad y peligrosidad" del agente y enumeran las circunstancias objetivas y subjetivas que han de temerse en cuenta. Esta significó el abandono del sistema de agravantes y atenuantes generales, del código de 1862. Sus modelos han sido, fundamentalmente, los artículos 20 y 21 del Proyecto **Ferri**. Disposición semejante contiene el código argentino de 1921

(arts. 41); pero no se halla tan cerca del modelo italiano como el peruano. La referencia a la culpabilidad es de procedencia suiza.

Siguiendo muy de cerca la concepción admitida por el proyecto **Ferri**, el legislador peruano perfeccionó, de manera notoria, la regulación de la reparación civil: le dio un carácter público y mejoró el sistema para garantizar su cumplimiento. No es correcto afirmar que para lograr esta meta, nuestro legislador "no tuvo sino que reproducir en gran parte las disposiciones del Código de 1863" (69) Debió, además, transcribir casi literalmente algunas disposiciones del Proyecto **Ferri**. De las dieciséis disposiciones que constituyen el título VIII del libro primero del Código peruano, consagrado a la reparación civil, nueve son de origen italiano, seis ya figuraban en el código derogado y una no tiene antecedentes conocidos.

Asimismo, se debe considerar de ascendencia preponderante positivista el tratamiento de los delincuentes doble reincidentes y habituales, estatuido en los artículos 113 y 116 C.P. Pueden ser considerados como fuentes de inspiración los artículos 25, 27 y 29 del Proyecto italiano. A estos delincuentes se les aplica la relegación: relativamente indeterminada para los dobles reincidentes y absolutamente indeterminada para los habituales.

Esta influencia es aún más acentuada en las disposiciones que norman el "régimen de las prisiones" (título XVIII del libro primero del Código). Algunas de ellas constituyen una transcripción de los artículos 70, 71 y 72 del proyecto **Ferri**.

El influjo de las ideas positivistas, más que el de alguna disposición positivista determinada, es visible en los artículos 83 y 145 C.P. En el primero, se dice que "el agente de infracción no intencional ni culposa, será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, sustituyendo a la penal la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley". El ascendiente positivista más adecuada determinada por la ley". El ascendiente positivista es sin duda patente en esta regla; pero también es cierto que no consagra el principio de la "responsabilidad social", preconizado en el artículo 18 del Proyecto FERRI. Se trata en realidad de la determinación de una especie de responsabilidad sin culpabilidad del delincuente inimputable y peligroso.

En el artículo 145, se estatuye la aplicación de medidas de prevención a cierta clase de menores, "aun cuando todavía no hubieran cometido hecho reprimido como delito". Se trata de un caso de "responsabilidad *ante delictum*", intensamente sostenida por los defensores de las concepciones positivistas (70)

El influjo sueco se refleja tan sólo en la aceptación, por parte del legislador peruano, del sistema "días-multa" (art. 20, pf. 1o.), concebido por el profesor **Thyren** y plasmado en el proyecto de Código Penal sueco de 1916 (capítulo II, inc. 8).

Igualmente mínima es la influencia holandesa. Puede afirmarse que a ella se debe la forma en que se regula el "principio real o de defensa", referente a la aplicación de la ley penal en el espacio. Primero, en relación a los delitos en que se admite (arts. 5, inc. 1o.C.P.; art. 4 del Código holandés de 1881) y, segundo, en lo que concierne a su aplicación cuando el autor haya sido juzgado en el extranjero (art. 6, inc. 3o C.P.; art. 68, inc. 2o. del Código holandés).

La procedencia uruguaya de algunas disposiciones es manifiesta, sobre todo en el libro tercero del Código peruano, dedicado a las faltas.

\*Las páginas que siguen fueron, en primer lugar, publicadas en la Rev. de Der. y C. polit., vol, 39, p. 77-97 y dedicadas al ilustre historiador Jorge Basadre.

- A. **G. Frank**, Lateinamerika, p. 29. Según este autor, "el conocimiento de la historia, aunque no profundo, permite comprender que el subdesarrollo no es original o tradicional, y que ni el

pasado ni el presente de los países subdesarrollados, de cualquier perspectiva que se le observe, no tiene su correspondiente en el pasado de los países ahora desarrollados".

1. **Matos Mar**, Perú actual, p. 21.
2. Es de recordar que la conquista de América desde un comienzo implicó fines económicos. Se debió, principalmente, a iniciativas particulares. Fernández de Oviedo afirmó en su Historia general y natural de las Indias que "quasi nunca Sus Majestades ponen su hacienda e dinero en estos nuevos descubrimientos, excepto papel o palabras buenas"; citado por **Quintano Ripollés**, La influencia del derecho penal español, p. 44.
3. De indio, p. 23; cfr. **Cotler**, Perú actual, p. 48. Sobre asimilación y aculturación, consultar **Gerard Leclerc**, 1974; p. 22; cf. Antropologie et colonialisme. Essai sur l'histoire de l'africanisme, Paris 1972, p. 90.
4. Según **Bravo Bresani**, Perú actual, p. 94, "empresa conjunta (joint venture) de los mercaderes ingleses y de los grandes propietarios de tierras, criollos cubiertos por las banderas de la revolución francesa".
5. **Matos Mar**, Perú actual, p. 24.
6. **Matos Mar**, Perú actual, p. 20.
7. **Matos Mar**, Perú actual, p. 20.
8. **Lambert**, Problèmes contemporains, T. II, p. 181-183.

A. **G. Frank**, Lateinamerika, p. 32.

1. **Stavenhagen**, Lateinamerika, p. 13 y 18.
2. **Bravo Bresani**, Perú actual, p. 105-106.
3. **Salazar Bondy**, Perú actual, p. 119-128; **Janni**, imperialismo y cultura; del mismo autor Sociologie et dépendance; **Fals Borda**, Ciencia propia; **Balandier**, Sociologie; **Stavenhagen**, Clase, colonialismo y aculturación; **Sobrevilla**, Apuntes 1975, p. 49.
4. **Salazar Bondy**, Perú actual, p. 127.
5. **Salazar Bondy**, Perú actual, p. 125.
6. **Sobrevilla**, Apuntes 1975, p. 60.
7. **17.Sobrevilla**, Apuntes 1975. p. 66.
8. **Sobrevilla**, Apuntes 1975, p. 62. Sin embargo es de señalar que en sus conclusiones **Sobrevilla** considera que con su tesis **Salazar** "crea un nuevo mito - un mito además peligroso-, en lugar de obrar desmistificadamente: el hablar de una cultura hispánica", Apuntes 1975, p. 66. Ver más amplia información en **Hurtado**, Ley importada; en especial, p. 85 y s.
9. Repetidamente, este autor se refiere, en su trabajo citado, a que no se ha constituido una "unidad cultural nacional bien integrada" (p. 121); a que "difícilmente puede hablarse de la cultura peruana, en singular" (p. 120); a que "el defecto, la ausencia que se hace patente ..., es la de una cultura nacional originaria" (p. 125). Cuando se refiere a "nosotros" o a "nuestra cultura" cuida se señalar que "obviamente no debe entenderse en el sentido de una unidad espiritual o una comunidad integrada" (p. 125).
10. Perú actual, p. 125, el subrayado es nuestro.

A. **G. Frank**, Lateinamerika, p. 29-31; cf. **Janni**, Imperialismo y Cultura, p. 389-391, ver nota 14; **Stavenhagen**, Lateinamerika, p. 16-17. Esta concepción se halla implícita en los trabajos de Matos Mar y Bravo **Bresani**.

1. Los Cronistas Felipe **Guamán Poma de Ayala** y Blas **Valera** hacen referencia a que así lo dispuso el Virrey Francisco de Toledo en una ordenanza que fue confirmada por el Rey. Aun ya avanzado el período colonial, se reconocía cierta jurisdicción criminal a los caciques sobre asuntos de indios, Recopilación de Indias, Ley 28, Título III, Libro VI.
2. **Wieacker**, Privatrechtgeschichte, p.
3. Algunos autores dan una definición amplia de recepción, en el sentido de que es el traspaso de las normas legales vigentes de un medio cultural a otro. De modo que sería posible hablar de una recepción voluntaria y de otra impuesta. Ver: **Kitagawa**, Reception, p. 19. Este criterio no nos parece exacto, ya que nos impide comprender el significado, la naturaleza de tal proceso unilateral que tiene lugar cuando emigrantes o colonizadores se establecen en una zoa "inexplorada y casi deshabitada", **Rheinstein**, Einführung, p. 126-127.



4. **Quintano Ripollés**, La influencia del derecho penal español, p. 47. Ver: **Basadre**, Fundamentos, p. 101-109.
5. En el artículo 18 del Reglamento Provisional de Huaura del 17 de Marzo de 1821, dictado por el Libertador José de **San Martín**, se reconocía vigencia a todas las leyes ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados en decretos desde el 8 de setiembre de 1820 y que no hubieren sido derogados por autoridad competente. En la primera Constitución peruana de 1823, se reconoció validez e esta regla (art. 131). En relación a las dificultades que implica el abandono de las tradiciones legales, ver: **Sand**, Arican legal Geography 1974, p. 117 y la bibliografía por él citada.
6. **Ciases**, p. 79.
7. En 1842, Simón bolívar nombró una comisión para que elaborada los códigos civil y penal y designó a Manuel Lorenzo de **Viadurre** como Presidemtne, que lo era también de la nueva Corte Suprema.
8. Proyecto de un Código Penal, p. 7 y 38.
9. Proyecto de un Código Penal, p. 23.
10. **Jiménez de Asúa**, Derecho penal, p. 28.
11. En carta de 2 de setiembre de 1828, con la que remite su proyecto a un concurso convocado por el gobierno chileno, ver: **de Vidaurre**, Proyecto de un Código Penal, p. 5.
12. Citado por **Zúñiga Guardia**, Homicidio en el Código Penal peruano, p. 64.
13. **Quintiliano Saldaña**, Historia del Derecho, in **Liszt**, T.I., p. 441.
14. Estos mismos criterios fueron sostenidos por la comisión codificadora en su exposición de motivos; ver; **Zavala Loayza**, Sinopsis histórica, p. 31.
15. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.I., p. 762; cf. **Quitiliano Saldaña**, in **Liszt**, Tratado, T.I., p. 495.
16. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.I., p. 1015.
17. Sinopsis histórica, p. 25.
18. Sobre estos conceptos, ver: **Kitagawa**, Reception, p. 18; **Rheinstein**, Einführung, p. 128-129. En 1911, **Oscar Miró Quesada** afirmó que "el derecho patrio, considerado en su totalidad, ha sido y es un derecho exógeno, aferente, centripetamente nacido: un derecho desvinculado del alma nacional de nuestro pueblo, una legislación artificiosa y, por lo tanto, infecunda", La nacionalización del derecho, p. 80, 89 y s.
19. Los proyectos españoles fueron los de Salmerón en 1873, de **Estrada y Davila** en 1877, de la Comisión de 1879, de **Bugallal** en 1880, de Alonso Martínez en 1882 y en 1886, de **Silveta** en 1884 y de **Villaverde** en 1891. Ver: **Jiménez de Asúa**, T.I., p. 769-770.
20. Es correcta la constatación de **Schwarz** de que "cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo", In Introduction à l'étude du Droit comparé, p. 598.
21. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.I., p. 861.
22. **stuardo Núñez**, La influencia alemana, p. 13.
23. **Estuardo Núñez**, desde su posición germanófila, y **Quintano Ripollés**, de acuerdo a su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del krausismo en el Perú. Para el primero fue "determinado no tanto por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas", La influencia alemana, p. 10. Para el segundo por el contrario, "la mercancía del krausismo era netamente española, siendo la personalidad se sus teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas", la influencia del derecho penal español, p. 67.
24. Diversas otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos, por ejemplo, La sociedad y el delito de Plácido **Jiménez**. Ver: Belaunde, La Filosofía del Derecho y el método positivo.
25. Es ingenuo pensar que en el dominio del derecho, puede suceder lo mismo que en el de las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones, las innovaciones son adoptadas por todas las naciones sin prestar atención a su origen nacional; en este error incurre Zaytay, Rev. int. de d. comp. 1957, p. 707.
26. El gobierno de Leguía no habría jamás escogido, para dar un ejemplo extremo, como modelo el Código Penal soviético de 1922, aun cuando materialmente le hubiera sido posible consultarlo. En la campaña electoral que tuvo lugar antes de la aprobación del Proyecto **Maúrtua**, el Gobierno publicó en los periódicos integralmente la breve exposición de motivos que le precedía.
27. Esta expresión fue empleada por **Schwarz** para calificar el Código Civil suizo, in Introduction à l'étude du Droit comparé, p. 586.

28. Una traducción en español de dichos proyectos no existían por entonces. Las soluciones legislativas suizas hubieran podido ser conocidas parcialmente por el libro de **Jiménez de Asúa**, *La unificación del derecho penal en Suiza*.
29. Una traducción francesa de este código existía desde 1883, realizada por Willem-Joan **Wintgens** y publicada en París. Sin embargo, la versión consultada por **Maúrtua** parece haber sido una española, que es citada, sin referencias, por Angel G. **Cornejo** y que no hemos podido consultar.
30. **Jiménez de Asúa**, *Derecho penal*, p. 58.
31. **In**: *Riv. de dir. et proced. pen.*, 1925, p. 73.
32. Ver: *Rev. penit. et de d. pén.* 1919, p. 231-232.
33. La posición de este autor peca de parcial. Si existe una influencia germánica en el Código peruano es debido a que los proyectos suizos se inspiran en las doctrinas alemanas. Esto es natural por las estrechas relaciones culturales que existen entre los cantones de habla alemana (constituyen la mayoría) y Alemania. Ver: **Hurtado**, *L'influence de la législation pénale suisse*.
34. Ver: *Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema*, **Lizardo Alzamora** y **Carlos Waschburn**, in A.J. 1923, p. 238; 1924, p. 265.
35. En relación con los selvícolas, el codificador actuó como "abanderado de la civilización", ya que dispuso que "cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un **hombre civilizado**, podrá el delincuente obtener libertad condicional **si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse**. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años". Respecto a los indígenas, su actividad fue netamente paternalista. Consideró a los que eran semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo como incapaces relativos. Esto hace recordar que la Comisión reformadora del Código Civil consideró entre los incapaces relativos a los indígenas que no supieran el castellano y a los selvícolas. Ver: *R. del F.* 1924, p. 356. Este criterio tiene un antecedente en la opinión que prevaleció para la organización de las **encomiendas** en la Colonia: el indio debía ser sometido a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiera los beneficios de la fe y la civilización. Ver: **Carlos A. León**, in *R. del F.* 1924, p. 368.
36. La ineficacia de estas disposiciones no debe sorprender, ya que este tipo de relaciones de dependencia personal no pueden ser combatidas sin destruir las condiciones socio-económicas que las generan.
37. **Quintano Ripollés** calificó al Código peruano de "cuerpo legal exótico" que comportaba un "grave desarraigo" de las costumbres peruanas tan ligadas a las españolas; La influencia del derecho penal español, p. 151. Este autor parte de la idea de que "España no es tanto la fuente como vehículo receptor de las ideas dirigentes doctrinas adecuándolas a la perspectiva nuestra, a la manera de pensar, de decir y sentir hispánica" (p. 83). En pocas palabras, presupone un cierto tutelaje cultural. Lo que se revela cuando dice: "al transplantar al suelo de América las nuevas ideas germánicas, los universitarios españoles ... las hacen, a la vez, más idóneas para fructificar en gentes de nuestra raza, nuestra fe y nuestra lengua" (p. 83); cuando refiriéndose al krausismo dice que "era netamente español, siendo la personalidad de sus grandes teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas" (p. 67).
38. Sólo después de la entrada en vigor del código penal, aparecen las obras de **Hafter**, **Thormann-von Overbeck**, **Logoz**, **Clerc**, **Germann**.
39. **Sand**, *Africa legal Geography* 1974, p. 122.
40. **Abastos**, in *Rev. de D. y Cienc. polít.* 1937-8, p. 8. Según él, el raro destino del Código penal es el de "envejecer sin haber sido aplicado".
41. Ningún gobierno ha hecho un esfuerzo serio para construir los locales adecuados. Esto es comprensible debido a la debilidad económica de nuestro Estado. Además, es de considerar que la diversidad de locales previstos no estaba de acuerdo a nuestra realidad. Si de tal esfuerzo económico no fue capaz Suiza, menos lo sería el Perú. La imposibilidad de aplicar las penas y medidas de seguridad de acuerdo al Código Penal, originó en Suiza, el proceso de reforma que culminó con la Ley federal del 18 de marzo de 1971. Ver: **Hurtado**, in *Derecho* 1972, p. 149-168 y bibliografía citada.
42. La solución de estos casos por la jurisprudencia tiene lugar, casi siempre, mediante diversos criterios que no son los plasmados en las disposiciones respectivas.

43. Las disposiciones que reprimen estas infracciones constituyen una reproducción fiel del modelo helvético, por lo que resultan en gran parte inadecuadas a la realidad sociocultural nacional.
44. Esta falta de asimilación de conocimientos, base para la elaboración de una concepción propia (no necesariamente original), no el monopolio de los juristas. En el dominio de la filosofía lo ha destacado **Sobrevilla**, in Apuntes 1975, p. 65.
45. En las Universidades, el estudio de la Criminología es, casi siempre, puramente teórico.
46. Sobre la recepción del derecho extranjero en Turquía y la actitud gubernamental, ver: **Hirsch**, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, p. 107 y s.

\*\* Este acápite fue, originalmente, publicado como anexo de nuestro libro La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú. Lima 1979.

47. Ver infra, No 124.
48. **Zavala**, Sinopsis, p. 63
49. En relación al derecho de menores, es necesario consultar el Código de Menores dado mediante la Ley autoritativa 13968.

## **SEGUNDA PARTE**

### **LA LEY PENAL**

## 1. El principio de legalidad

### 26. Orígenes.-

La justicia penal de las Monarquías absolutas europeas (Ancien Régime) se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para castigar sin observar procedimiento regular alguno. Las "maisons de force", los "hôpitaux généraux", las "ordenes del rey" o de los jefes de policía, las "lettres de cachet" constituían toda una práctica represiva, y superpuesta a la "justicia regular" (ordinaria) y muy frecuentemente opuesta a ella. El Soberano, directa o indirectamente, reclama, decide y ordena ejecutar los castigos. Esto se explica por qué en el sistema, entonces vigente, se consideraba que "en toda infracción hay un "crimen majestatis" y en el más insignificante delincuente un pequeño regicida en potencia" (1). De allí que el derecho a castigar fuese considerado como un aspecto del derecho que el Soberano tiene para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte.

Sin embargo, no sólo es de ver, en esta forma de ejercicio del poder punitivo, la arbitrariedad real eficaz para eliminar "nobles infidèles ou grands vassaux désobligéants". se trata de algo más complejo. Si el sistema de "lettres de cachet" alcanzó una amplia aplicación y -al menos, durante un tiempo - una general aceptación, fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas a eliminar (temporal o definitivamente) una de los suyos. Foucault y Farge, presentando las "lettres de cachet de famille", se refieren a la puesta al servicio del público del poder absoluto del soberano. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo llenan los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplican el proceso y se introducen en él para modificarlo y desnaturalizarlo (2).

A mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y tratan de modificar ese irregular y arbitrario sistema represivo, que por su incoherencia no permitía una eficaz y general lucha contra los actos delictivos. Los objetivos de ese movimiento eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo. Para alcanzar tales objetivos, se consideró necesario, junto a otros medios, dar a las disposiciones legales cierto grado de certitud. En éstos se debería, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, revelar la idea de que cada crimen y las ventajas que se esperan obtener mediante su comisión se hallan, fatalmente, vinculados con el castigo y los inconvenientes ciertos que éste acarrea(3). Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el derecho de castigar.

Esta nueva actitud encontró su fundamento ideológico en la teoría del contrato social. Según esta teoría, "la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho"(4). De esta manera, se presupone que el ciudadano ha aceptado todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo a las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en el enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito ataca toda la sociedad; y toda la sociedad - comprendido el infractor - está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es, pues, una función general, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos(5). Para la justicia penal, la principal consecuencia que se deriva de tales principios es que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden. El único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida por el contrato social(6).

### 27. Evolución legislativa.-

La consagración legislativa de tal principio se realizó en la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y en la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de ésta última se dice: "La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente la delito y legalmente aplicada". Esta reglas fue reproducida en el art. 4 del Código Penal napoleónico.

El triunfo de las nuevas ideas político-sociales y su propagación determina que el principio de legalidad, como garantía fundamental de la libertad civil, sea recepcionado en las legislaciones de los demás países. En el Perú, se problema, en el Estatuto provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones, la inviolabilidad de la "libertad civil". En la Constitución de 1828 se estipula, por primera vez y de manera expresa, que: ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 150); y que "todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue"(7). Disposiciones casi idénticas contiene la Constitución de 1919 (arts. 19, 20, 21, 27, 30), durante cuya vigencia se promulgó el Código Penal actual.

En el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de **Vidaurre**(8). que fue el primer "paso legislativo", en el Perú, en materia penal y cuyo autor se inspiró en las obras de **Beccaria, Rousseau, Montesquieu, Locke**, no figura, expresamente, el principio de legalidad; sin embargo sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo basta citar la disposición 34 que estatuye: "Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado".

En el Código Penal de 1863, figura en el art. 1o., cuya fuente inmediata es el Código Penal español de 1848-50. Según esta disposición: "Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas". En los tres primeros artículos del Código Penal vigente de 1924, se regulan los diversos aspectos del principio de legalidad. Según el codificador "el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley"(9).

En la actual legislación penal extranjera se reconoce la primacía del principio de legalidad, y; los especialistas está de acuerdo en relación a su necesidad. Aun en países de cuyas legislaciones fue eliminado por diferentes razones ha sido nuevamente incorporado. Así, por ejemplo, en Alemania Federal el art. 103 de la Constitución de 1950; en la Unión Soviética el art. 6 de los Principios fundamentales de derecho penal de 1958 y el art. 2o. C.P. de 1960(10).

Un caso especial de excepción al reconocimiento general del principio de legalidad contiene el Código de Dinamarca de 1930. En su art. 10., se dispone que será sancionado penalmente "el acto cuyo carácter punible está previsto en la legislación danesa, así como todo otro acto que se le asemeje totalmente". Esta peculiaridad de la legislación penal danesa es el resultado de una larga tradición nacional; la que reconoce al juez una amplia libertad de apreciación(11).

## **28. Fundamentación política, jurídica, filosófica.**

Diversos autores han tratado de explicar y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. La obra de Anselm **Feuerbach** jurista alemán que formuló la expresión latina del principio(12). y que tuvo como *leit motiv* la lucha por la legalización del derecho penal, propugnó la aceptación y consolidación del principio de legalidad. Se basó, principalmente, en dos fundamentos: el primero, de carácter político-criminal, lo constituía su concepción de la pena como medio de prevención general (teoría denominada de la coacción psicológica) a, el segundo, de naturaleza puramente política; era su convicción de que la primacía de tal principio, propiciaba una concepción liberal del derecho penal. De esta manera, **Feuerbach** dio un fundamento penal específico al principio de la legalidad(13).

Tenemos, por otro lado, que Franz von **Listz** calificó a la ley penal como la "Carta Magna del delincuente", debido a que consideró que el principio de legalidad hace de ella no sólo la fuente del derecho a castigar, sino, también, su límite; no sólo garantiza la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también a éstos frente al poder del Estado(14).

Por su parte **Beling** culmina su teoría del tipo legal con la afirmación de que "no hay delito sin tipo legal"(15).

En la doctrina francesa, se sostiene, generalmente, que la infracción está conformada por tres elementos: material, moral y legal. Ahora bien, este último elemento no es sino la aplicación del principio de legalidad(16).

Carlos **Cossio**, fundador de la concepción egológica del derecho, afirmó que el principio de legalidad aparece en el ámbito filosófico como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la pena(17).

Son interesantes las explicaciones de **von Wright** sobre el principio de la legalidad en relación al problema de la "naturaleza del premio". En su opinión el principio establece, al afirmar "no hay pena sin ley", que cualquier acción que no está prohibida dentro del ámbito de un determinado orden (sistema, jerarquía) normativo está permitida dentro de él(18). Según él, se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la "suma total" de todos los actos y abstenciones que no estén ya prohibidos. De esta manera, conforme este autor, se cierra el orden normativo, y ello es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), sin contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse **Alchourón y Bulygin** esclarecen la concepción de **von Wright** y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo: "Todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido"(19).

Por esta razón, es procedente afirmar que una vez admitido el principio de legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que "está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido", y el liberal de que "está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido", se resuelve en favor del último(20).

## 29. Legislación nacional.

El legislador peruano ha plasmado el principio de legalidad en los tres primeros artículos del Código Penal. Destaca, expresamente, los diversos aspectos que ha adquirido dicho principio en su evolución histórica. En el art. 10., estatuye que la privación o restricción de derechos a título de pena, sólo podrá ser impuesta en virtud de una sentencia judicial. El art. 68 de la Constitución de 1933, conforme al cual sólo por sentencia ejecutoriada podía separarse a alguien "de la República" o del "lugar de su residencia"(21). En la nueva Constitución de 1979, se regula, por el contrario, de manera más completa este aspecto del principio estudiado. En primer lugar, se estatuye, como garantía de la administración de justicia, que nadie puede ser penado "sin previo juicio" (art. 233, inc. 9. ab initio). Luego, entre los derechos fundamentales de la persona, se reconoce la presunción de inocencia del procesado. Según el art. 2, inc. 20, parg. "f", "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Es decir, contrario sensu, que toda condena debe ser establecida judicialmente. Se trata en realidad de una garantía de carácter procesal(22).

En el numeral 3 C.P., dispone el legislador peruano que ha de considerarse como delictuosos sólo los comportamientos que hayan sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley. A partir de la Constitución de 1828 hasta la actualmente vigente, se proclama que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y que ninguna ley tiene fuerza retroactiva(23).. El texto del art. 3 C.P., fue reproducido por el legislador en la primera parte del art. 57 de la Constitución de 1933. Lo mismo, ha hecho en la Constitución de 1979, art. 2, inc. 20, letra "d"; al mismo tiempo que estatuye que nadie puede ser procesado si el acto que se le imputa no ha sido, previamente, previsto en la ley. Esta regla sirve de fundamento a la norma procesal que establece: "Sólo abrirá (el juez instructor) la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito" (art. 77 C.P.P.).

El artículo V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 disponía que "la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la Sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y a nadie se puede obligar a hacer lo que la ley no ordena".

En el art. 2 C.P., nuestro legislador obliga al juez a imponer únicamente las penas previstas en la ley, y le prohíbe cambiar, arbitrariamente, la pena que la ley señala para el comportamiento delictuoso particular. En la Constitución de 1933, como en las demás anteriores, no existía una disposición parecida. Por el contrario, en la nueva Constitución (disposición parecida. Por el contrario. en la

nueva Constitución (disposición parecida. Por el contrario, en la nueva Constitución (disposición antes citada, in fine) se dice, expresamente, que nadie será "sancionado con pena no prevista en la ley". En el Código Penal derogado y en el Proyecto de 1877 se establecía que no "será castigado ningún delito o falta con pena que no estuviere establecida antes de que se hubiese cometido" (art. 19). En los proyectos posteriores, se cambia esta norma de la manera siguiente: "las únicas penas que pueden imponerse son ..." (art. 23 del Proyecto de 1900-1902), y "las únicas penas y medidas de seguridad que pueden imponerse son (art. 10 del Proyecto de 1916). Esta última fórmula figura en el Código Penal vigente (art. 10).

En el Proyecto de 1985 (agosto), sus autores proponen una fórmula distinta a la estatuida en el art. 2, inc. 20, letra "d", de la Constitución. Las diferencias son formales y poco afortunadas. Tal vez sería mejor señarse al texto constitucional.

### **30. No hay delito, no hay pena sin ley escrita.-**

#### **a) La ley fuente del derecho penal**

La primera exigencia de los arts. 2 y 3 C.P., consiste en que se describan las conductas delictivas y se fijen las sanciones en una ley. Es decir, que considera a la ley como única fuente del derecho penal.

El derecho penal peruano es, como todo sistema moderno, un derecho escrito. Es correcto, por lo tanto, decir "nullum crimen nulla poena sine lege scripta"(24): lo que comporta una prohibición dirigida al juez a fin de que no recurra al derecho consuetudinario para determinar si una acción es delictuosa, o para fundamentar la imposición o agravación de una sanción establecida en la ley.

#### **b) Los gobiernos de facto y los decreto leyes**

Como hemos visto anteriormente(25), los orígenes del principio de legalidad son políticos, y se consolidan con la aparición y desarrollo de la concepción del Estado de Derecho.

Esto implica la afirmación de que el poder estatal emana del pueblo, y de que la división de poderes es la base de la organización estatal. De allí que se considere que el "fundamento democrático del principio de legalidad significa que sólo el poder Legislativo es el capacitado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Esto tendría ventajas de carácter técnico y político(26).. Las diversas constituciones que se han sucedido en el Perú fueron elaboradas teniendo como base tal concepción(27)..

Según la Constitución de 1933, la potestad de dictar leyes sólo correspondía al parlamento. De acuerdo a la nueva Constitución, el Congreso tiene la facultad de "dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes" (art. 186, inc. 1); pero así mismo, se le reconoce la potestad de "delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa". Es mediante este procedimiento, justamente, que el gobierno constitucional actual ha modificado, sustancialmente, la legislación penal del gobierno militar con el fin de adecuarla a la nueva Constitución. Sobre la manera cómo el Poder ejecutivo usó de la delegación legislativa que le fuera concedida y de los resultados que logró, nos hemos ocupado anteriormente desde el punto de vista de la política criminal(28). Si bien la misma Constitución establece, en el segundo párrafo del artículo antes citado, que los mencionados decretos legislativos "están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley", las bondades del sistema de delegación de la facultad legislativa no sólo dependen de la manera cómo ella sea utilizada por el Poder Ejecutivo sino también, y sobre todo, por la forma como sus alcances han sido establecidos por el Congreso al momento de dictar la ley autoritativa.

En países en que el régimen democrático parlamentario se ha hecho realidad, los juristas, generalmente, sostienen que basta comprender el término "ley" en sentido material. Es decir, se trata de una norma de carácter general dictada por cualquier autoridad constitucionalmente competente y que tiene fuerza obligatoria(29). Cualquier disposición general dictada por el Poder Ejecutivo estaría



fuera del ordenamiento jurídico(30). Por lo que el término "ley", que figura en los artículos 2 y 3 C.P., debería ser comprendido, según algunos autores, en sentido formal y material(31)..

En países como el nuestro en que tal régimen político no se consolidó y que el período republicano(32). se ha caracterizado por una serie de regímenes constitucionales y de facto, no puede sostenerse tal criterio; ya que significaría limitarse a analizar, de una manera puramente formal, la vigencia y el carácter del sistema normativo peruano. Admitir tal punto de vista, sería negar el hecho tangible de que los decretos leyes, normas generales dictadas por gobiernos no constitucionales, han constituido y constituyen fuentes del derecho penal peruano.

El poder de legislar de los gobiernos de facto ha sido siempre aceptado o soportado por el país; lo que se ha discutido es la validez de los decretos leyes mediante los cuales se ejercía ese poder.

Los tribunales nacionales han admitido, generalmente, la validez de los decretos leyes. La Corte Suprema ha sostenido que el "Decreto ley 11049 (Ley de seguridad interior de la República) tiene el mismo valor que los otros decretos leyes (no penales emanados de la Junta Militar de Gobierno, al estar ésta investida de funciones legislativas, única forma cómo un gobierno de facto puede dirigir la vida política, económica y jurídica del país"(33).. En un caso más reciente, el Cuarto Tribunal Correccional de Lima ha afirmado que las normas dictadas por el Gobierno Revolucionario "son acatadas y aplicadas cotidianamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales, de modo que tampoco es admisible se cuestione su legalidad y vigencia"(34).. No conocemos resolución judicial en la que, durante el período de un gobierno de facto, se haya cuestionado la aplicación de algún decreto ley por considerársele expresión de un poder usurpado por la fuerza de las armas.

Una vez producida la vuelta a la constitucionalidad, se planteaba la validez de los decretos leyes frente al nuevo régimen. Si observamos los períodos posteriores a los gobiernos de facto de los años 1930 y 1950, el criterio predominante era de que todos los decretos leyes deberían ser ratificados bajo pena de nulidad. Lo mismo sucedía, de modo generalizado, en los demás países latinoamericanos. A partir de 1963, este criterio es invertido en el sentido de que las disposiciones legales de los gobiernos de facto son válidas mientras no sean modificadas o derogadas. Así fue admitido por el Parlamento y por la Corte Suprema. El primero, al modificarlas o darles el rango de ley, reconocía su existencia y confirmaba su vigencia; y al no ocuparse de ellos, les aceptaba implícitamente(35). Por esto, se estima suficiente el reconocimiento tácito del Parlamento. Según Pareja Paz **Soldán**(36), se trataría de una "convalidación implícita" por su aplicación y cumplimiento. Este autor da como ejemplo el caso del Congreso constitucional de 1963, el que cada vez que consideró inapropiado o lesivo un decreto ley, procedió rápidamente a derogarlo o modificarlo "pero adviértase, señala Pareja, que ha utilizado los términos "deróguese" o "modifíquese"; lo que implicaba que reconocía su previa existencia y validez. Se puede afirmar, concluye este autor, que el Parlamento ha prestado, cuando menos, un asentimiento implícito a aquellos decretos leyes sobre los cuales no se ha pronunciado y que siguen siendo acatados y cumpliéndose.

Desde esta perspectiva, no creemos que sea correcto recurrir a criterios como el de "situación de urgencia" o del "asentimiento expreso o tácito de los gobernados(37), para admitir los decretos leyes como fuente de derecho penal en nuestro país. Nos parece conveniente recordar con **Kelsen** que el Principio de legitimidad ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su sentido más general; de tal manera que abarque el llamado "coup d'état". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en forma prevista por el orden anterior(38).. Esta substitución se da aun cuando el régimen ilegal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas.

Una simple observación del ordenamiento jurídico peruano, permite constatar que "el sistema legal no se reciente por los cambios periódicos de un régimen 'constitucional' a uno 'de facto'(39). y de que estos últimos "son aceptados como parte del sistema legal y gobiernan por medio de leyes y actos oficiales, controlados por una refinada costumbre y principios constitucionales"(40). Esta peculiaridad del sistema normativo peruano, permitió decir a Domingo García **Belaunde**, en relación al Estatuto del gobierno Revolucionario, y según el cual la vigencia de la Constitución de 1933 estuvo

subordinada a la conformidad de sus disposiciones con los motivos y propósitos del Gobierno, que "el mismo Estatuto (conforme lo reconoce la muy moderna doctrina constitucional) representa en estos períodos llamados de 'emergencia' un texto con categoría de norma suprema"(41)..

Con el fin de crear el marco jurídico-legal para evitar la repetición de golpes de Estado, la Constituyente incorporó, en la Constitución de 1979, primero, el mandato de que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen" (art. 82, pf. 1); segundo, declaró la nulidad de "los actos de toda autoridad usurpada"; y, por último, consagra el derecho del pueblo a insurgirse "en defensa del orden constitucional" (art. 82, pf. 2). Sin embargo, no es de olvidar que las medidas que se adopten para crear las condiciones sociales necesarias para la estabilidad de las instituciones.

### **c) Los decretos supremos y los reglamentos**

Por decretos supremos y reglamentos no se puede, por el contrario, establecer acciones delictuosas ni fijar penas. Tales normas jurídicas no tienen otro fin que el de determinar y particularizar los modos de aplicación de las leyes, decretos legislativos o decretos leyes.

Tratándose de ciertas normas como, por ejemplo, el D.L. 17752 del 24 de julio de 1969, denominado Ley General de Aguas, es evidente que para su aplicación se requiere la dación de otras normas reglamentarias. El problema que nos interesa consiste en determinar si esta actividad de reglamentación comprende o no las disposiciones de carácter penal contenidas en la norma general.

Teniendo en cuenta el carácter y fines de estas disposiciones, describir delitos y fijar las penas correspondientes, es inútil reglamentarlas; ya que al hacer esto la autoridad competente no puede sino repetir lo dicho en la norma general (intra legem). No podría sobrepasar o restringir los alcances de la norma general mediante una disposición que sea preter legem o contra legem.

Este criterio es admitido, generalmente, en la doctrina jurídica peruana(42). Por el contrario, la práctica legislativa revela un criterio distinto. Lo que ha traído como consecuencia confusión e inseguridad, debido a que se ha incurrido en verdaderas violaciones al principio de legalidad.

La ley General de Aguas, en su art. 122, dispone: "El que contaminare aguas superficiales o subterráneas, con daño para la salud humana, a la colectividad o flora o fauna, infringiendo algunas de las disposiciones pertinentes de la presente ley, o las que para evitar la contaminación, hubiere dictado la autoridad competente, será sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 274 C.P., quedando obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados".

La referencia al art. 274 C.P. no es correcta, pues, en él se prevé el delito de contaminación, mediante sustancias nocivas a la salud, del agua potable destinada al uso de las personas o de los animales domésticos.

Las diferencias fundamentales entre estas disposiciones residen en que según el art. 274 basta la creación de una situación de peligro (peligro abstracto), mientras que el art. 122 requiere la producción de un "daño". En el primer caso, además, el peligro concierne a las personas o animales domésticos; en el segundo se debe dañar a las personas, flora o fauna.

Comprendiendo de esta manera el art. 122 de la Ley general de Aguas, se determina fácilmente, que sus límites no son respetados por la disposición 14 del Decreto Supremo 930-73-A.G. del 12 de setiembre de 1973, que reglamenta el Título VI de dicha ley. Según esta norma: "Quienes contaminen o polucionen las aguas, cualquiera que sea el origen, su fuente o estado físico en que se encuentren, serán sancionados con una multa no menor de 300 soles ni mayor de mil soles, aplicándose lo dispuesto en el art. 274 C.P., a quienes lo hicieren intencionalmente, siempre que la contaminación o la polución ocasione perjuicio a la salud humana, la fauna, la flora o la colectividad, impidiendo o limitando su empleo para cualquier de los usos a que los recursos de agua estuvieron destinados.

Es de destacar que, además de la descripción del delito, considera una contravención no prevista en el decreto ley reglamentado. En relación con el primero, establece modificaciones importantes: primero, no se contenta con hacer referencia a las "aguas superficiales o subterráneas", sino a las "aguas, cualquiera que sea el origen, su fuente o estado físico en que se encuentren"; y, en segundo lugar, hace referencia a la polución, y señala en qué consiste el perjuicio a la colectividad. En los últimos casos se trata de una interpretación que mejor sería dejar en manos del juez.

Es interesante, igualmente, recordar el caso del D.L. 19609 que en su art. 5 disponía la represión penal (conforme a los artículos 186 y 188 del Código Sanitario, derogados por el D. Leg. 121, art. 12) de las personas responsables de la conducción de las instituciones de salud pública y privadas, cuando en los establecimientos a su cargo no se preste "atención médico-quirúrgica" (art. 2) a "las personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida, como consecuencia de una situación de emergencia" (art. 1) o cuando no cuenten "con los recursos materiales y de personal necesario para cumplir eficientemente su cometido" (art. 13).

En el Decreto Supremo 0023-73 SA, del 25 de enero de 1973 por el que se reglamenta el decreto ley antes citado, se establece cuáles son las "instituciones de salud públicas o privadas" (art. 1) y lo que debe comprenderse por "situación de emergencia" (art. 2) y por "atención o servicio médico quirúrgico de emergencia" (art. 3); se dispone que el responsable (sic) penal es "el médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente y que los representantes de la Institución y la Institución misma son responsables solidarios con el médico por el resarcimiento del mal ocasionado (daño en la salud o muerte). Por estas circunstancias y, además, por la forma tácita en que se ha derogado el aspecto penal del art. 5 del decreto ley reglamentado, nos ha parecido oportuno proporcionar este ejemplo típico de la defectuosa técnica legislativa utilizada.

En resumen, estamos ante una interpretación modificatoria de la disposición legal que se "reglamenta". De esta manera se llega a precisar en qué consiste la acción delictuosa y quiénes pueden ser considerados como sus autores. Las normas legales en las que se estatuye cuáles son los actos prohibidos no requieren ser "reglamentados". Cosa distinta es si es necesaria su interpretación "auténtica" (legislativa); pero, en este caso se deberá recurrir para su formulación a una norma de igual categoría (ley, decreto ley). Lo contrario comporta un atentado contra el principio de legalidad, ya que produce una incertidumbre y no ofrece la garantía que se trata de brindar por su intermedio (43).

#### **d) Noción de delito ("infracción")**

En la parte correspondiente y con amplitud hemos señalado que la técnica especial del derecho penal, tendiente a controlar la sociedad, consiste en establecer tipos de comportamiento con el fin de dirigir a todos los miembros de la comunidad o algunos de ellos (44). A estos tipos de comportamiento se refiere el término "infracción" ("delito" en la fórmula generalmente usada) que figura en los artículos 2 y 3 C.P. Al decir tipo de comportamiento no nos referimos al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que el legislador hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales (45). Más bien, se trata de lo que los alemanes llaman "tipo legal de garantía" (Garantietatbestand); es decir, es conjunto de elementos que debe reunir una conducta para que su autor sea punible (adecuación a la descripción formal, el desvalor jurídico: antijuricidad, la reprochabilidad a su autor: culpabilidad) y también las condiciones procesales necesarias (46).

Encontrándose regulados estos presupuestos en las normas de la parte general del Código Penal y no existiendo entre éstas y las de la parte especial sino una división de acuerdo a la técnica legislativa, el principio de legalidad cubre todo el campo del Código Penal (47). De modo que podría desvirtuarse la garantía que ofrece a través de las disposiciones generales; por esto, atenta contra el principio de legalidad el juez que imponga una pena al agente que no ha actuado culpablemente o el legislador que dicte una norma estatuyendo un delito calificado por el simple resultado (48); es decir, imponiendo una pena por lo que ocurre y no por lo que se hace u omite. Es estos casos, "se termina castigando como si fuera el mismo delito distintas clases de acciones, sólo porque han resultado vinculadas- a veces con bastante laxitud- con la misma consecuencia" (49).

En un ordenamiento como el peruano en que el Código Penal recoge, implícitamente, el principio de culpabilidad ("no hay pena sin culpabilidad") (50), el legislador se encuentra impedido de estatuir

penas por la mera producción de un resultado. Cuando lo hace, viola, en última instancia, el principio de legalidad. Por ejemplo, cuando estatuyó que "quienes mediante el empleo de explosivos o bombas causen muerte ... serán castigados con la pena de muerte ... " (art. 3 del D.L. 19049, del 30 noviembre de 1971), el legislador extendió, en realidad, el art. 152 que reprime el asesinato (51). Delito que se presenta cuando el agente ha obrado intencionalmente (52). Lo mismo sucede, en relación con el delito de lesiones o de daños contra la propiedad, en el caso de D. Leg. 46, art. 2 inc. b, que reprime con pena de penitenciaría no menor de 12 años, si "como efecto del delito" de terrorismo se producen lesiones o "como efecto del delito" de terrorismo se producen lesiones o daños, sin tener en cuenta la culpabilidad. Criterio que no se utiliza, menos mal, en relación con los casos de muerte o lesiones graves (9nc. e de la misma disposición). La consecuencia principal de lo expuesto es que el legislador no tiene, dentro de un sistema normativo en que imperan ciertos principios, la pelan libertad para considerar como punibles cualquier clase de acciones.

### **31. No hay delito, no hay pena sin ley cierta.**

#### **a) Noción de certeza**

El principio de legalidad tiende, igualmente, a establecer exigencias en relación a la manera como el legislador redacta las disposiciones legales. Al respecto muchos autores dicen con justeza: "**nullum crimen nulla poena sine lege certa**" (53). Esto tiene confirmación en nuestro derecho, cuando en el art. 3 se exige que la calificación de una acción u omisión infracción punible debe ser formulada "de manera expresa o inequívoca" (54).

Debido al empleo de tales expresiones, parece que se trataría de una reserva de carácter absoluto; lo que recuerda la concepción original del principio y la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y ventajas de la legislación (55).

Se afirmaba que las leyes deberían ser escritas en lenguaje propio del pueblo, a fin de que fueran un "libro familiar" (56), mediante el cual todos podrían saber qué acciones son prohibidas y qué sanciones se imponen a sus autores. Con esto, se dio lugar a la admisión de la ficción expresada en la frase "ignorantia juris criminalis nocet" (57). Ficción que sobrevive en nuestro derecho, en cuanto el legislador dispone en el art. 87, párrafo 20., que "la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión" (58).

Al pretender exigir una total claridad y certeza de la ley, el legislador no tuvo presente, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla (59). En segundo lugar, no tuvo en cuenta la peculiar naturaleza de las normas jurídicas que no son sino fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción (60). Como las palabras, estas normas son "caracterizaciones, que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos, están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tendrán cabida los casos dudosos" (61).

De esta manera, la realidad misma obliga a reconocer un carácter relativo a la reserva que impone el principio de legalidad. Vale decir, a pesar de que el legislador se empecine en sostener que el texto de la ley es claro e inequívoco (62).

Por todas estas razones, nos parece utópica la idea de los autores del Proyecto de 1985 (agosto), en la medida que no se limitan a reproducir el texto constitucional que exige al legislador describir la infracción "de manera expresa e inequívoca", sino que agregan: "sin dejar duda sobre los elementos que (la) integran". De esta manera, se cree que es posible redactar normas claras cuya aplicación no de lugar a dudas. Así, estamos a un paso de que se propugne la inutilidad de la interpretación.

#### **b) Incertidumbre en que incurre el legislador: no descripción de la "infracción"**

El legislador mismo no ha logrado respetar los límites que estableció en el art. 3 C.P., a la actividad legislativa en materia penal. Así ocurre cuando no precisa los elementos de la infracción, limitándose a nombrarla, por ejemplo, "aborto" (art. 159), "duelo" (art. 171), "riña" (art. 169), "adulterio" (art. 212). Generalmente, se afirma que en estos casos el legislador se remite al criterio imperante en la doctrina

y jurisprudencia. De ser esto correcto, bien hubiera podido hacerlo con otros delitos; como con el homicidio o el hurto, por ejemplo.

### **c) Empleo de cláusulas generales**

Cuando el legislador emplea en la elaboración de la norma términos o expresiones extremadamente generales, extensivas, da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de aplicación de la norma. En doctrina se conoce a esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales (Generalklauseln) (63). Los especialistas las consideran, junto al abuso en el empleo de elementos normativos en la formulación de los tipos legales, como el peligro más grave para la vigencia del principio legalidad (64).

Como ejemplo, podríamos citar el art. 289 que regula el delito de traición a la patria, de la manera siguiente: "el que practicare un acto dirigido a someter la República en su totalidad o en parte a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma, será reprimido con la pena de muerte" (actualmente, internamiento no menor de 25 años). Al limitarse a decir el legislador "un acto dirigido a ..." no ha individualizado suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como formando parte de esta clase de delito. Los juristas y la jurisprudencia suizos afirman en relación al art. 265 de su Código Penal, cuyos antecedentes son la fuente inmediata de nuestra disposición, que la expresión "acte tendant à" es tan amplia que comprende aun los actos preparatorios (65). Si se tiene en cuenta, la pena prevista por el legislador peruano, se comprenderá aun más fácilmente la insuficiencia con que ha sido descrita la infracción.

La confusión aumentó, cuando el legislador dispuso que esta infracción, junto con otras, constituye acto de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera, cuando sea cometido "por peruanos para alterar por la violencia o por medio de guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República, para imponer el sistema totalitario comunista"(66). El fin que buscó el legislador al dictar esta norma no fue, evidentemente, esclarecer los alcances del art. 289 C.P.; por el contrario, produce más confusión, porque parecería que describe un nuevo delito. Lo cierto es que tuvo como objetivo agravar las penas y hacer más efectiva la protección del Estado. Pero, en realidad, logró lo contrario, porque estableció las penas de penitenciaría, prisión y muerte; con lo que creaba la posibilidad de que no se impusiera en todos los casos la pena de muerte como lo señala el art. 289 C.P. En buena cuenta esta ley sirvió como pantalla a la sangrienta represión del movimiento revolucionario de ese entonces.

Son igualmente vagas y generales las siguientes normas: "Quienes organicen, fomenten, dirijan o propicien invasiones de terrenos en áreas urbanas o de expansión urbana de propiedad estatal o privada, son autores intelectuales del delito de usurpación" (D.L. 20066 del 26 de junio de 1973); "La transgresión de cualquiera de las disposiciones del presente Decreto Ley constituye delito de defraudación en agravio del Estado" (art. 12 del D.L. 18882 del 15 de junio de 1971); "Aquel que propalara o difundiera noticias falsas o utilizara cualquier otro ardid o artificio para inducir a un elector a sufragar en determinado sentido" (art. 230 de la Ley 161152 del 31 de mayo de 1966). El caso es más complejo cuando se da la impresión de describir en detalle un determinado comportamiento, para lo cual se utilizan una serie de expresiones vagas; por ejemplo; cuando para describir el delito de terrorismo se hace referencia a cometer "actos que pudieran crear peligro ..., valiéndose de medios capaces de provocar..." (D. Leg. 46, art. 1).

### **d) Uso de términos vagos**

Como ejemplos de términos vagos utilizados por nuestro legislador, podemos señalar: "hombre civilizado" (art. 44, 2o. párrafo C.P.); "indígenas semicivilizados" (art. 45 C.P.); "grave alteración de la conciencia" (art. 85, inciso 1o., C.P.); "el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito" (art. 97, C.P.); "un gran número de personas" (arts. 152, 268, 2o. párrafo, C.P.); "sitio público", "obsceno" (art. 209-210, C.P.); "situación equivalente o análoga a la servidumbre" (art. 225 C.P.); "malignidad" (art. 285 C.P.); "groseramente" (art. 286 C.P.), "acto arbitrario cualquiera" (art. 337 C.P.); sembrío o cultivo de "pequeña extensión" (D. Leg 122, art. 55-B).

Lejos estamos pues de la absoluta certeza que se proclama como exigencia en el art. 2 C.P. Tratar de alcanzar una "exactitud" es creer que en el acto de describir una acción hay un sentido en el cual a

todo "inexacto" le corresponde un "exacto". Pero, quien pretende esto "persigue un espejismo que (le) elude perpetuamente" (67).

El legislador al elaborar normas no tiene en su poder un lenguaje "increíblemente delicado y preciso a fin de retratar con exactitud la experiencia". Cada uno de los términos o conceptos empleados para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Lo que haría necesario tratar de limitar sus alcances; pero para lo cual es indispensable recurrir a otros términos y conceptos, los que a su vez deberían, nuevamente, ser explicados (68). Es lo que sucede, por ejemplo, con las "definiciones de términos empleados", proporcionadas en la regulación legal del delito de tráfico de drogas (D.L. No. 22095; modificado por el D. Leg 122 de 12 de junio de 1981). Así, "el pequeña extensión", trata de ser precisado diciendo: "cultivo, el acto de sembrar, plantar, cosechar y/o recolectar..." (art. 89). De donde aparece que no se comprende por qué se menciona en la descripción del acto al cultivo y al sembrío, cuando por cultivo ya se comprende el sembrío. En lugar de aclarar, se desdibuja la descripción de la infracción, ella misma ya deficiente.

El legislador no puede pretender describir exhaustivamente el comportamiento incriminado. Se limitará a tratar de establecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) recurriendo a los criterios de generalización y diferenciación, o a establecer conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Por lo que **Noll** afirma, correctamente, que las labores de precisión le será facilitado al legislador cuando pueda disponer de un lenguaje ampliamente unitario en la teoría científica" (69).

#### **e) Defectos de técnica legislativa**

Aquí, de lo que se trata en realidad es de determinar cuál es la técnica legislativa que debe emplearse para mejor individualizar los comportamientos prohibidos e impedir, de esta manera, que se persiga o sancione arbitrariamente comportamientos que no están previstos en la ley. En buena cuenta, se busca sujetar la actividad del juez penal, en cuyas manos se dejan bienes jurídicos fundamentales de las personas como son la vida y la libertad. De ahí que de esta certeza de la ley penal, exigida por el principio de legalidad, se derive la prohibición de la analogía (70), como recurso para calificar de delictuosas conductas que no está verdaderamente comprendidas en ninguna disposición penal.

De modo que en la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez.

En cuanto al juez, esto no significa su total sujeción. Superada está la época en que se consideraba que el juez debería seguir la letra de la ley y se le prohibía su interpretación; hoy se reconoce, por el contrario, que toda norma requiere ser interpretada (71).

Para la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea diferentes técnicas, algunas veces trata de individualizar la acción mediante la enumeración limitada de casos: formulación casuística (delito de agio y usura, art. 2 del D.L. No. 11078), en otras recurre, a una fórmula general (delito de terrorismo, art. 1 del D. Leg. No. 46) o a las dos, simultáneamente. La fórmula general es empleada como un correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística (72); formulación mixta (delito de contrabando, art. 1 de la Ley No. 16185).

De la habilidad del legislador dependerá la precisión que logre en la elaboración de los tipos. La redacción de las disposiciones de la parte especial de nuestro Código es, generalmente, correcta debido, sobre todo, a que nuestro legislador utilizó las disposiciones de los proyectos del Código Penal suizo, cuyas fórmulas constituyeron un real progreso en la técnica legislativa (73). Por el contrario, el método empleado para modificar algunos de sus artículos o para crear nuevas figuras delictivas se revela, generalmente, bastante desafortunado. Es frecuente, por ejemplo, que el legislador prohíba un comportamiento y señale como pena la prevista en uno de los artículos del Código Penal.

Esta especie de leyes en blanco tienen como principal inconveniente que desdibujan la descripción contenida en la norma del Código. En el art. 2 de la Ley No. 8002 del 20 de enero de 1935, se dice

que constituye delito penado por la ley la pesca con dinamita u otro explosivo o empleando barbasco u otra substancia venenosa; y en el art. 3, se indica que los responsables sufrirán las penas señaladas en el art. 275 C.P. Ahora bien, según esta norma será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de 3 a 90 días, "el que intencionalmente, fabricare un producto de manera que su consumo, o su uso normal o probable, ponga en peligro la salud de las personas". Significa esto que la pesca practicada mediante medios prohibidos es un delito autónomo o que es un caso especial del delito de fabricación de un producto dañino para la salud. Si se trata de lo primero, no existe justificación alguna para no fijar directamente la pena. Si es lo segundo, es evidente que producirá incertidumbre respecto a la aplicación del art. 275; ya que se puede pensar que el legislador quiso ampliar sus alcances. Esto parece confirmarse, cuando en el art. 4 de la misma ley, se estatuye que quien conociendo la manera prohibida como se obtuvo la pesca, "la pusiera en venta, o en circulación, la importara o tomara en depósito sufrirá las penas señaladas en el art. 276 del Código Penal".

Además, el legislador ha creído necesario dictar una norma especial para reprimir la pesca de truchas empleando explosivos y sustancias nocivas. Estableciendo, igualmente, que el responsable será sancionado según el art. 2 de la Ley 8002 (Decreto Supremo del 26 de abril de 1968). ¿Qué necesidad existía para dictar esta norma? De esta manera, no se crea sino confusión e incertidumbre.

Es asimismo incorrecto el art. 2 del D.L. 20066 del 26 de junio de 1973, que estatuye: "Quienes organicen, fomenten, dirijan o propicien invasiones de terrenos en áreas urbanas o de expansión urbana, de propiedad estatal o privada, son autores intelectuales del delito de usurpación" y serán reprimidos según el art. 257 C.P. En realidad, se trata de un nuevo delito; ya que son autores intelectuales, conforme el art. 100 C.P., los instigadores; es decir, quienes "intencionalmente decidieron a otro" a cometer un delito.

Otro ejemplo interesante es el art. 13 del D.L. 20153 del 23 setiembre de 1973, conforme al cual quien "fuere sorprendido con productos o mercancías a menos de 50 kilómetros de la frontera sin la autorización correspondiente, incurre en delito de contrabando". Pero según el art. 10. de la Ley 16185 del 20 de junio de 1966, el delito de contrabando consiste en internar o extraer del territorio nacional, clandestinamente, mercancías de cualquier clase, eludiendo en esa forma el pago de los impuestos y tasas de aduanas o infringiendo disposiciones que prohíban o limiten dichas operaciones. La acción principal que debe cometer el contrabandista es internar o extraer, clandestinamente, mercancías del territorio nacional. De ninguna manera puede ser equiparado a este acto el de guarda mercancías, sin el permiso correspondiente, a menos de 50 kilómetros de la frontera.

Por último, señalemos otro defecto de técnica legislativa que tiene por consecuencia eliminar la certeza de las normas. Entre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, el Código Penal contiene el delito de lesiones y entre las faltas contra los mismos bienes jurídicos las vías de hecho. Según la culpabilidad, las lesiones son intencionales o culposas y, de acuerdo a la magnitud del daño, graves (art. 165 C.P.) y leves (art. 166 C.P.). Estas últimas se diferenciaban de las faltas "vías de hecho" en cuanto éstas consistían en "agredir a otro", sin causarle daño corporal ni afectar su salud (art. 384 C.P.). Pero al dictarse el Código de Procedimientos Penales, se estableció en el art. 12 que "se entiende que constituyen faltas contra el cuerpo y la salud las lesiones leves que requieren asistencia facultativa hasta por un período de seis días" (74). De esta manera, se modificó, a través de una norma procesal que fija el juez competente para conocer de las faltas, el tipo legal correspondiente a las "vías de hecho" y al de lesiones leves. El art. 10 del D. Leg 121, no ha corregido esta deficiencia.

En estos casos, el legislador no tiene presente que cualquier modificación a uno de los elementos del sistema jurídico, debido justamente a la naturaleza de éste, produce efectos en casi toda su estructura. Olvidar esto, en relación con la determinación de las conductas delictuosas, implica ponerse en condiciones de no lograr la certeza que exige el principio de legalidad.

#### **f) Certeza en la determinación de la pena**

No sólo el comportamiento debe ser claramente delimitado en la norma penal, sino que también la pena debe ser fijada con precisión, y el juez debe limitarse a imponer la pena señalada para el caso particular. En sus orígenes, los propugnadores del principio de legalidad llegaron a considerar en los

códigos penales, penas absolutamente determinadas, como el mejor sistema para asegurar esta garantía; así, por ejemplo, en el Código Penal francés de 1791. Pero, este criterio predominó muy poco tiempo debido a la desmesurada injusticia que implicaba su aplicación; ya que no permitía la individualización de la pena, según la gravedad del acto y la personalidad del agente. El predominio alcanzado por el criterio de la individualización de la pena ha determinado que en los códigos se adopte un sistema flexible.

Ya en el Código de 1863, se dividía a las penas en grados y términos, dejando al juez un margen de libertad para agravar o atenuar la pena.

En el Código vigente se incorporó, como en los demás códigos modernos, un sistema de penas "relativamente indeterminadas": consistente en fijar un mínimo y un máximo de la pena, pudiendo el juez escoger libremente al interior de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Más aún, el legislador deja la posibilidad al juez, en muchos casos, de escoger entre dos penas de naturaleza y/o gravedad diferentes (75). Este sistema flexible de fijar las penas, el legislador peruano lo tomó de los proyectos helvéticos. En éstos, no se admitió una regla absoluta sobre la fijación de las penas; que parece haber tratado de formular nuestro legislador en el art. 2 C.P. Algunos juristas consideran - por esta razón - que en relación a este aspecto "hay una diferencia esencial, de una parte, entre la cuestión de saber cuáles son los hechos que son objeto de represión penal y, de otra parte, la fijación de las sanciones aplicables. Si los límites de lo que es punible son trazados por la ley, bastará atenerse a esto para no ser sancionado o sometido a alguna otra medida de la misma especie de parte del Estado. Esto es para la mayor parte de los individuos lo esencial, y no será necesario algo más para tranquilizar sus sentimientos de libertad y seguridad frente al poder represivo del Estado. Les importa poco conocer la sanción que merecerían al cometer tal delito. No calculan el precio (en el sentido de las teorías abstractas de comienzos del siglo XIX)" (76).

Nosotros, por el contrario, estimamos que debe ser mantenido y revalorizado este aspecto del principio de legalidad. No porque creemos en la necesidad de una determinación absoluta de la pena; sino porque presupone una limitación de los poderes tanto del legislador como del juzgador. De lo contrario, sería suficiente determinar, en la parte general, las sanciones que puede imponer el juez; sin establecer sus límites para cada comportamiento delictivo en particular. Este es el sistema del Código groenlandés, que deja al juez una amplísima libertad para adecuar la sanción a la personalidad del delincuente (77). En el Perú, lamentablemente, no estamos en condiciones de adoptar un sistema semejante.

Las únicas penas fijas previstas en la legislación penal son la de muerte y el internamiento absolutamente indeterminado no menor de 25 años. Debido a la gravedad de estas sanciones, se debe fijar claramente en qué casos procede su aplicación. Es de criticar por esto la manera como la pena capital ha sido regulada en nuestra legislación; por D.L. 18968 del 21 de setiembre de 1971, se declaró aplicable "únicamente para los autores de los delitos de traición de menores y a que se refieren los Ds. Ls. 10976 y 17388, respectivamente, sustituyéndose en los demás casos la pena de muerte por la de internamiento" (art. 1o.). Con el fin de determinar cuáles son estos "demás casos", modificó expresamente en este sentido los arts. 151, 152, 154, 197 (segunda parte); omitiendo referirse al delito de violación de menores para cuyos autores el D.L. 19140 estableció la pena de muerte. ¿Debía este caso, igualmente, ser comprendido en los "demás casos", a que se refiere el art. 1 del D.L. 18968? Así parecer ser, aunque en el mismo dispositivo se dice "únicamente". Si bien el problema ha desaparecido por la restricción radical del dominio de aplicación de la pena de muerte, mediante la Constitución de 1979, es evidente que esta clase de imprecisiones en la ley deben ser evitadas, necesariamente, mediante una mejor técnica legislativa.

Un ejemplo claro de imprecisión en la pena existía en el Código Sanitario. En su art. 185, se establecía, luego de enumerar los diferentes casos específicos que "son también delitos contra la salud, los otros casos contemplados en el Código Penal y en otras leyes, como delitos contra la salud", y en art. 186, se estatuyó que "los delitos previstos en el artículo anterior, serán sancionados con penitenciaría o prisión no menor de seis meses".

Es decir, que esta pena era de aplicar a los autores de cualquier delito contra la salud, ya sea que esté previsto en el Código Sanitario, en el Código Penal o en cualquier otra ley. Las disposiciones contenidas en estos últimos, quedarían así modificadas en cuanto a las penas. Este criterio fue



admitido al reprimirse un caso de ejercicio ilegal de la medicina en concurso ideal con el delito de homicidio culposo. Al imponer la pena, el tribunal correccional escogió, en aplicación del Código Penal, la más grave; que en su opinión era la señalada en el art. 186 del Código Sanitario. Criterio que fue ratificado por la Corte Suprema en su resolución del 13 de noviembre de 1973 (78). La imprecisión radicaba en saber cuáles eran los delitos contra la salud, ya que el mismo legislador consideraba como tales, en el art. 185 del Código Sanitario, la "huelga de hambre", el "plagio", la "ocultación o sustitución de un niño", "el arrendamiento de las cosas sin contar con las condiciones higiénicas y sanitarias para el uso que están destinadas". Lo que permitiría a un tribunal considerar, igualmente, el delito de actos obscenos en agravio de un menor como delito contra la salud y agravar enormemente la pena. Además, se desarticuló todo el sistema de penas que refleja la jerarquía de los bienes jurídicos admitida originalmente por el legislador. Así, un delito de peligro como es el ejercicio ilegal de la medicina sería más severamente reprimido que el homicidio culposo. En el texto original del Código Penal, se preveía, correctamente, lo contrario.

Por último, no está demás recordar que al señalar sólo el mínimo de pena (penitenciaria o prisión no menor de seis meses) y no el máximo (que sería el máximo legal de 20 años), el legislador dejaba tan amplia libertad al juez que era como si hubiera indicado únicamente la clase de pena a imponerse. Las disposiciones penales del Código Sanitario han sido, felizmente, derogadas por el citado D. Leg. 121, con lo que se ha vuelto casi al sistema primigenio del Código Penal.

La certeza con que debe establecerse la pena para cada infracción se suele lograr en nuestro medio, en razón a una peculiar técnica a nuestro legislador. Y, esta técnica consiste en hacer referencia a las disposiciones de la parte especial del Código Penal. Por ejemplo, al fijar la pena para quienes contaminen aguas subterráneas o superficiales, con daño para la salud humana, a la colectividad, flora o fauna, se refiere a la sanción prevista en el art. 274 C.P. (D.L. 17752 del 24 de julio de 1969, reglamentado por Decreto supremo 930-73-G del 12 de setiembre de 1969). Pero, como esta disposición regula el delito de contaminación de agua potable y se halla ubicada en el título III de la sección séptima del Código Penal (Delitos contra la salud pública), ha de concluirse que fue modificada, en cuanto a la pena, por el derogado art. 186 del Código Sanitario (D.L. 17595 del 18 de marzo de 1969). Por lo que la pena para quien contamine aguas subterráneas o superficiales debió ser fijada según la norma del Código Sanitario. Este "sistema de cascada" que se crea por una deficiencia en la técnica legislativa debe ser evitado, mediante la determinación directa de la escala penal para la infracción en particular.

### **32. El principio de legalidad en la jurisprudencia.**

La comparación que hacen algunos autores de los tipos legales con las figuras geométricas, no es del todo correcta; ya que los "elementos" de aquellos no tienen la precisión que distingue a los de las figuras geométricas. Si se denomina cuadrado a la figura geométrica que tiene cuatro lados iguales; toda otra que tenga un lado más pequeño que los otros, no podrá considerársela como tal. Más exactamente, se puede decir que la inconveniencia de esta clase de comparación reside en que hace creer que en derecho también existe, como en geometría, un modelo infalible para determinar objetivamente la presencia de los elementos que constituyen las figuras. El análisis de la manera como el juzgador determina la presencia de los elementos típicos en el comportamiento concreto, permite comprender como se aplica judicialmente el principio de legalidad.

Así, si la "cosa" pertenece a quien la ha sustraído, no puede afirmarse que estamos ante un delito de hurto; ya que el art. 237 C.P., señala la "ajenidad de la cosa" como un elemento de tal delito. Por esto es correcta la decisión de la Corte Suprema, de no sancionar al acusado que sustrajo bienes muebles de la casa de su conviviente, por haber demostrado documentalmente su calidad de propietario. Esta solución es correcta, pues como afirmó el fiscal en su dictamen, si bien no puede dejarse de destacar que el comportamiento del acusado es injustificable moralmente; desde el punto de vista legal, no puede estimarse como la comisión del delito que se le incrimina..." (79). Es decir, el juez no puede sancionar una acción por más inmoral o antisocial que sea, si es que antes no se adecua uno de los "moldes" contenidos en la ley.

Constituye, por lo tanto, una violación del principio de legalidad si se hace lo contrario. Es el caso de la Ejecutoria Suprema del 6 de abril de 1964, en que se sanciona por delito de violación al acusado mayor de edad que sin violencia hizo sufrir el acto sexual a su hermana de 17 años (80). Uno de los

fundamentos de la resolución es que "el hecho cometido..., no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra Sociedad" (81). Es evidente que se castigó por la comisión del delito en nuestra ley penal.

Ha de considerarse, igualmente, como un atentado contra el principio de legalidad, el hecho de que el juzgador agregue al "modelo" legal un nuevo elemento. De esta manera procedió la Corte Suprema cuando dejó impunes a los acusados que habían tenido relaciones sexuales con una menor prostituida de menos de 16 años de edad. Consideró el máximo tribunal que "el delito contra el honor sexual (violación de menores, art. 199 C.P.) sólo es justiciable con todo el vigor de la ley, cuando se practica en duda y que ha observado antes una conducta moral...". Sin embargo, según el art. 199 basta que el agente "hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 16 años" (82).

Respecto a este último caso, es de interés recordar lo afirmado por **Carrió** respecto a la labor de tipificación del legislador. Luego de constatar que este procedimiento "consiste en crear esquemas abstractos, compuestos por un número finito de notas relevantes", hace la siguiente observación: "pero la aserción de que todo lo que la ley no pone como relevante es eo ipso indiferente o irrelevante, no pasa de ser un dogma, que puede muy bien ser postulado por un pensador decidido a constituir sobre esa base un sistema para su uso personal o para recomendarlo a quienes deseen seguirlo, pero que no se compadece con lo que ocurre en la realidad". Y seguidamente nos dice **Carrió** que "a cada rato vemos que los jueces se rehusan a incluir un ejemplar concreto en el esquema rígido del tipo porque el ejemplar en cuestión exhibe características especiales, en aspectos concomitantes, que lo hacen atípico, o porque el trasfondo de circunstancias generales sobre las que el caso se proyecta es tan inesperado o insólito que el encasillamiento del caso singular en el tipo, en tales circunstancias sería una evidente muestra de falta de inteligencia en el intérprete". Y concluye preguntándose "¿Por qué no se sanciona como incursos en prevaricato a los camaristas en lo civil que han resuelto que la conformidad expresa de los hijos mayores de edad, que son a la vez los únicos descendientes de un matrimonio, habilita a los integrantes de éste a adoptar un niño, no obstante que la ley de adopción argentina dice que quienes tienen hijos de sangre no pueden adoptar?" (83).

### **33. Las medidas de seguridad y el principio de legalidad.-**

Aun cuando ninguna de las tres primeras disposiciones del Código Penal que comentamos, hace referencia a las medidas de seguridad y prevención, debe admitirse que el principio de legalidad las comprende igualmente. Este criterio parece encontrar asidero legal expreso, aunque incompleto, en el art. 10 C.P. En esta disposición se estatuye que "las únicas penas y medidas de seguridad que puede imponerse son...". Es incompleta porque, en realidad, no las enumera.

El juez no podrá ordenar la aplicación sino de las medidas de seguridad prevista en la ley y sólo cuando se presenten las condiciones establecidas por el legislador. El planteamiento de este problema en nuestro país es - actualmente- de una significación puramente teórica, debido a que las disposiciones del Código Penal que regulan las medidas de seguridad, no han sido aplicadas (84).

En la práctica, la única que se aplica a los mayores de edad es -de manera limitada- el internamiento en un hospital o en un hospicio; y, según los arts. 89 y 91, sólo cuando sean inimputables o de imputabilidad restringida. Además, las medidas de seguridad son "post delictum"; es decir, que para su aplicación es indispensable que se haya cometido una infracción (caso de delincuentes imputables: arts. 41 y 42 C.P.) o una acción que encuadre en un tipo legal (por ejemplo, art. 89) (85).

En la mayor parte de los códigos penales no se estatuye, expresamente, sobre la legalidad de las medidas de seguridad. Una excepción constituye el Código Penal italiano que en su art. 199 dispone: "nadie puede ser sometido a medida de seguridad que no esté expresamente establecida en la ley y fuera de los casos que ésta expresamente establecida en la ley y fuera de los casos que ésta misma prevé". Pero, nótese que no exige que sea anterior al acto que sirve de ocasión para imponerla. Esto es debido a que el acto que sirve de ocasión para imponerla. Esto es debido a que reconoce efecto retroactivo absoluto a las leyes que las estatuyen (86).

Del texto del art. 3 C.P. se comprende que la ley penal se aplica sólo a las acciones que, previstas en ella, hayan sido cometidas durante su vigencia. Dicha disposición dice, "acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviese calificado en la ley". En doctrina se denomina a esta exigencia del principio de legalidad: prohibición de la retroactividad de la ley penal" (87).

A pesar de que el art. 2 no lo diga expresamente, tal regla vale también para la pena. Por esto, es un tanto imprecisa la fórmula empleada en el artículo antes citado: "La (pena) que la ley señala para la infracción juzgada". La regla no es de que se aplicará la pena vigente en el momento del juzgamiento, sino que se trata de la vigencia en el momento de cometerse la infracción. Lo primero puede suceder, excepcionalmente, por efecto de la regla de la retroactividad de la ley más benigna (88). En lo referente a las medidas de seguridad no rige este aspecto de principio de legalidad. El párrafo 2o. del art. 7 C.P. estatuye que "tratándose de medidas de seguridad o de educación tutelar... se aplicará la ley vigente en el momento en que deban ser ejecutadas" (89).

1. **Foucault**, *Surveiller et punir*, p. 57.

2. **Farge et Foucault**, *Désordre*, págs. 10, 14, 345 y 346.3.

3. **Foucault**, *Surveiller et punir*, p. 98.

4. **Beccaria**, *Traité des délits*, p. 67.

5. **Foucault**, *Surveiller et punir*, p. 92.

6. **Beccaria**, *Traité des délits*, p. 67.

7. En la Constitución de 1860, se modifica esta fórmula que hace referencia sólo a los peruanos, con la expresión "nadie ...", arts. 14 y 20.

8. Ver infra, No. 17.

9. Código Penal, edición oficial, p. 163.

10. En Alemania el régimen nacionalsocialista reemplazó, por Ley del 26 de junio de 1930, la regla no hay delito sin ley por el principio autoritario de "no hay delito sin pena". En la Unión Soviética, el Gobierno Revolucionario repudió el principio de legalidad por considerarlo propio del sistema legal burgués. Hoy en día, se puede afirmar con **Marc Ancel** que el "Sistema soviético ha vuelto a una noción de legalidad que se compara, prácticamente, con la de los códigos neoclásicos de fines del último siglo". La réforme pénal soviétique, p. XXIII.

11. **Graven**, in RPS 1951, p. 400.

12. Esta versión latina ha conducido al error de suponer el origen romano del principio de legalidad. Ver: **Cornejo**, *Comentarios*, p. 5; **Hall**, in *La ley*, 1949, o. 810. En contra: **Jiménez de Asúa**, *Tratado*, T.II., p. 383.

13. Ver: **Cattaneo**, *Anselm Feuerbach*, p. 51-53; **Jescheck**, *Strafrecht*, p. 104; **Radburn**, *Gedankrede*, p. 8.

14. **Von Liszt**, *Tratado*, T. II, p. 455.

15. **Beling**, *La doctrina del delito-tipo*, p. 4-6.

16. Ver: **Ancel**, in *Bulletin de la Société de la législation comparée 1930-1931*, p. 90.

17. **Cossio**, in RJP 1948, p. 5 y 131.
18. Orden normativo es para **von Wright** una totalidad de prescripciones que emanan de una misma autoridad suprema.
19. **Von Wright**, Norma y acción, p. 101 y 103; **Alchouron y Bulygin**. Introducción, p. 198.
20. **Klug**, in Sexualidad y crimen, p. 33.
21. Ver arts. 9 y 298, inc. 2, del C.P.P. El art. 26, in fine, de la Constitución de 1919, vigente al promulgarse el Código Penal estatúa que "nadie puede ser condenado sino ... por los jueces que las leyes establezcan".
22. La Magna Charta Libertatum inglesa de 1215, concedida a los nobles por Juan sin Tierra y considerada como fuente primera del principio de legalidad, estatúa en su art. 39, en realidad, la garantía "nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae". Ver: **Schottlaender**, Die geschichte Entwicklung, p. 27 y s.
23. Constitución de 1828, arts. 150, 151; Constitución de 1834, arts. 144, 145; Constitución de 1839, arts. 154, 176; Constitución de 1856, art. 15; Constitución de 1860, arts. 14, 15; Constitución de 1867, arts. 13, 14; Constitución de 1919, arts. 19, 20; Constitución de 1867, arts. 13, 14; Constitución de 1919, arts. 19, 20; Constitución de 1933, arts. 24, 25; Constitución de 1979, arts. 2. inc. 20, pf. "a" y art. 187, pf. segundo.
24. **Maurach**, strafrecht, A.T., p. 95; **Jescheck**, Strafrecht, A.T. 105; **Mezger**, Tratado, T.I., p. 83.
25. Ver supra, No. 25.
26. **Bricola**, La discrezionalità nel diritto penale, vol. I, p. 245; **Jescheck**, strafrecht, A.T., p. 106.
27. **Pareja**, Derecho Constitucional, p. 357; **de Belaunde**, In Derecho 1974, p. 102.
28. Ver supra No 11 c.
29. **Germann**, Kommentar, p. 43; **Logoz**, Commentaire, p. 5; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 105.
30. Ver: **Alzamora**, Introducción, p. 234.
31. En la doctrina argentina, ver: **Núñez**, Manual, Parte General.
32. Respecto al período republicano es fuente de consulta indispensable, la excelente obra de **Jorge Basadre**, Historia de la República, 16 tomos.
33. Ej. S. del 24 de marzo de 1950, in RJP 1950, p. 341.
34. Sentencia del 8 de enero de 1974, publicada en el diario "La Prensa" del 10 de enero de 1974, Lima.
35. Ver: **García Belaunde**, In Rev. de d. y cienc. polít. 1977, p. 115.
36. Derecho Constitucional, p. 358, Cf. **Rubio-Bernales**, Constitución, p. 310-311.
37. **Bramont**, La ley penal, p. 18.
38. **Kelsen**, Teoría general, p. 137.

39. **Furnisch**, in Derecho 1972, p. 62.
40. **Furnisch**, in Derecho 1972, p. 79.
41. Anexo de la obra **Pareja**, Derecho Constitucional, p. 600. ver del mismo autor: Boletín informativo de la Uni. Católica Santa María 1976, p. 49; Rev. de d. y cien. polít. 1977, p. 115-117.
42. **Bramont**, La ley penal, p. 22.
43. En el caso que analizamos, la situación se complicaba porque en el artículo 20 del D.S. 0023-73 SA, se estatúa que "el personal de las instituciones de salud públicas y privadas que no cumplan con lo dispuesto en el D.L. 19609, incurrir en los delitos previstos en los incisos a, b, y c del art. 185, y serán sancionados con las penas señaladas por los art. 186 y 188 en su caso, del Código Sanitario". Lo que no era sino una repetición de lo establecido en el art. 5 del D.L. que se reglamenta.
44. Ver supra No. 1; cf. **Hart**. El concepto de derecho, p. 51.
45. Según la doctrina imperante, tipo legal en sentido estricto. Ver infra No. 83.
46. Sobre la necesidad de admitir esta clase de tipo, consultar: **Zaffaroni**, Teoría del delito, p. 177, 178; **Núñez**, Manual p. 75; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 186; **Maurach**, Strafrecht, A.T. p. 227, Engisch, in Mezger Festschrift, p. 129; contra: **Bricola**, La discrezionalità nel diritto penale, p. 319.
47. **Waiblinger**, in Zeitschrift des bernischen Juristenverein vol. 91bis, p. 235; **Germann**, Kommentar, p. 24.
48. Ver infra No. 84.
49. **Soler**, Fe en el Derecho, p. 285.
50. Ver infra No. 114.
51. Matar por "... explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas".
52. En relación con el art. 264 C.P., que reprime al que "intencionalmente y con designio delictuoso, hiciere empleo de explosivos y pusiere a sabiendas en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro...": ver **Hurtado** Delitos contra la seguridad pública, p. 125 y s.
53. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 95, opina que este aspecto del principio de legalidad se halla insitio en la expresión "nulla poena sine lege scripta".
54. El art. 10 del Código penal suizo dice "Ausdrücklich" o "expressément" y ya figuraba en el Proyecto de 1918; mas no en el Proyecto-texto de agosto de 1915. Por esto sería más exacto considerar como fuente directa de nuestra disposición el artículo 10 del Código italiano de 1889.
55. Ver supra No. 25.
56. **Beccaria**, Traité des délits, p. 71.
57. **Ancel**, La défense sociale, p. 233; **Waiblinger**, in RPS 1955, p.,. 226.
58. Ver infra No. 124.

59. Las palabras y conceptos no son claros, precisos e inequívocos. Por esto, **Germann** dice justamente que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador, methodische Grundfragen, p. 113; del mismo autor Kommentar, No. 6/3.

60. **Engisch**, Die Idee der Konkretisierung, p. 101.

61. **Carrió**, Algunas palabras, p. 68,

62. Ver art. 354 C.P., que reprime al juez que "dictara resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley ..." y al art. 358 que reprime al juez que se negare a administrar justicia o que eludiere el juzgamiento bajo pretexto de **oscuridad** o insuficiencia de la ley..."

63. **Naucke**, Generalklauseln, p. 3.

64. **Waiblinger**, Die Bedeutung des Grundsatzes, p. 261. **Engisch**, in Mezger Festschrift, p. 143, señala con justeza que muchos elementos descriptivos son igualmente indeterminados.

65. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 473; ATF 1947 IV 102

66. Art. 1 de la Ley 15590 del 20 de agosto de 1965. Es interesante anotar que el Código Penal yugoslavo, en sus artículos 100 y 101, contienen la misma fórmula general y que su fuente de origen inmediata es el Código Penal suizo. De esta manera, reprime "todo acto tendiente a derrocar, mediante la violencia o todo otro medio anticonstitucional, el poder del pueblo, de los trabajadores, de las Repúblicas federadas, autónomas o locales o a la destitución de los órganos que las representan, o a separar una República Popular, o una Provincia autónoma o una parte del territorio". Como los casos considerados se refieren a situaciones en que el mismo Estado se siente atacado en su existencia, se puede decir que no hay diferencia en la actitud que toman los diferentes regímenes políticos: "en principio, dice **Lukit**, cada clase social que se halla en conflicto con su propio derecho, su propia legalidad, sacrificará la legalidad para mantenerse en el poder", in Le concept de la légalité dans les pays socialistes, p. 262.

67. **Waismann**, Principios, p. 235.

68. **Noll**, in Jz 1963, p. 299. Sobre la vaguedad de los conceptos ver: Naucke. Generalklauseln, p. 12. **Wex**, Die Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale, p. 48.

69. Z, 1963, p. 299.

70. Ver infra No. 39.

71. Ver infra No. 35.

72. **Noll**, JZ 1963, p. 300; **Hafer**, Lehrbuch, A. T., p. 5.

73. **Hurtado**, L'influence de la législation, p. 52 y s.

74. Por ley 13674 del 25 de julio de 1961, se aumentó a 8 días y por el D.L. 21895 del 2 de agosto de 1977, a 10 días para los casos en que el agente actúe intencionalmente (dolo) y a 15 días para cuando lo haga negligentemente (culpa). Mediante el D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981, arts. 9, 10 y 12, se ha mejorado sensiblemente la regulación de las faltas.

75. Ver infra No. 24, f.

76. **Germann**, in Rev. int. de d. pén., 1957, p. 245.

77. Ver infra No. 29, f.

78. RJP 1974, p. 63.

79. E.S. del 2 de mayo de 1969, in AJ 1967-1968-1969, p. 293.

80. El texto original del art. 199 exigía que la víctima sea menor de 16 años para que se castigue el delito de violación de menores y el art. 196 la violencia para que se dé el delito de violación.

81. Ver análisis más detenido, infra No. 39.

82. Este texto ha sido modificado, en cuanto a la edad, por el D.L. 18140.

83. Algunas palabras, p. 78-79; del mismo autor, Notas sobre derecho, p. 37 y s. Lo mismo podríamos preguntarnos nosotros en relación a los magistrados que no consideran reincidente al condenado condicionalmente que vuelve a cometer, dentro del plazo de prueba, un nuevo delito intencional, a pesar de la clara disposición especial del art. 56 del Código sustantivo; ver: **Hurtado**, in Derecho 1973, p. 60.

84. Ver supra No. 11.

85. Sólo en relación con los menores, el legislador ha previsto la aplicación de medidas "ante delictum" (art. 145). **Ancel** considera que el equilibrio a conservar entre el principio de legalidad, que es aplicable a penas y medidas de seguridad, y la instauración de una legislación de prevención social predelictual, se realizará en realidad fácilmente a condición de asegurar el respeto de las condiciones siguientes: 1) determinación y definición generosa de una variedad especial, claramente precisa, de estado peligroso..." Lo cierto es que en esto es donde radica el más grande obstáculo para conciliar el principio de legalidad con un sistema de prevención predelictual. No se trata de describir con exactitud un comportamiento, sino un estado personal. El mismo **Ancel** afirma, por ejemplo, que tiene algunas dudas sobre el pretendido "delito de vagancia". Ver. **Ancel**, *Défense sociale*, p. 271-272, nota 109.

86. Esta norma tiene fundamento constitucional en el art. 25, pf. 3, de la Carta fundamental. Ver: **Bricola**, *La discrezionalità nel diritto penale*, p. 395-396.

87. Ver infra No. 58.

88. Ver infra No. 59.

89. Ver infra No. 62.

## 2. La interpretación de la ley

### 34. Vinculación del juez a la ley.-

La primacía del principio de la legalidad significa que la ley es la única fuente del derecho penal. El juez podrá invocar sólo una norma jurídica - promulgada antes de cometida la acción - para imponer una pena. Esta vinculación no es concebida, hoy en día, de la misma manera a como la fue en los años anteriores e inmediatos al gran proceso de codificación. En ese entonces, se consideró - como - que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor" (1). Se llegó a afirmar que "en los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano" (2).

Ahora, este vínculo entre el juez y la ley se ha flexibilizado debido, precisamente, a un cambio sustancial en la manera de pensar que se refleja en la técnica legislativa.

Las penas tasadas han sido abandonadas; nuestro legislador se contenta con señalar un *mínimum* y un *máximum* dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. Las descripciones de las conductas delictuosas se realizan de manera general y se recurre, con frecuencia, a "elementos normativismo"; de esta manera, se evitan las fórmulas casuísticas. Esta tendencia es considerada como el verdadero y más importante peligro para la vigencia del principio de la legalidad.

### 35. El derecho como lenguaje y la interpretación.-

La característica primaria del derecho penal "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas el son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas" (3).

Por esto, las normas jurídicas penales deben redactarse de modo que sean accesibles a la generalidad de las personas. Sin embargo, estas normas no sólo se dirigen a las personas, en general, con la pretensión de regular sus conductas; sino también a los individuos encargados de aplicar un sistema de penas (4). La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta - "mediante formas generales explícitas" - es posible gracias al lenguaje. Esto ha hecho posible la existencia de lo que hoy denominamos derecho. Con justa razón, Juan Ramón **Capella** dice que "todo derecho, en efecto, tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad" (5).

El derecho penal, donde rige plenamente el principio de la legalidad, la norma jurídica es una fórmula lingüística escrita, que es capaz de influir en el juez y en el resto de personas, en razón de que los signos que constituyen su aspecto físico "poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido a lo impreso por la persona que mediante la facultad de la visión tiene experiencia de dichos caracteres" (6).

En la averiguación del significado de estas fórmulas lingüísticas (denominadas proposiciones o normas jurídicas), consiste la interpretación (7).

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, ya que se acude al "fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje. Esto nos muestra, según **Betti**, cómo el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde dentro traducir y volver a expresar interiormente, con nuestra categorías mentales, la idea que él suscita y representa" (8). Este mismo autor afirma: "de este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el interprete en el inter hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el inter genético y realizar en sí el repensamiento" (9).

### 36. Necesidad de la interpretación.-



Sin embargo, el proceso interpretativo no se agota en esta fase cognoscitiva. Comprendido sólo desde este punto de vista no explica, en todos sus aspectos, la toma de decisión por parte del juez, decisión que depende de una valoración de la norma jurídica. Obviamente, ésta no es una fórmula mágica, sino que constituye la materialización de toda su tradición cultural. Condicionado por esta realidad, el juez comprende la proposición jurídica; tratando de que su decisión aparezca y sea aceptada "no sólo como justa o socialmente deseable". De manera que la interpretación - observada desde esta perspectiva - ha de ser considerada también como un acto de valoración y no de mejor conocimiento.

A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones se tuvo la convicción de que el derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. Así, por ejemplo, luego de la promulgación del Código Penal de Baviera (1813), se prohibió, expresamente, se comentaran sus disposiciones (10). Esta clase de prohibiciones tenían su origen en la idea de que el juez estaba estrechamente vinculado al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

En épocas más recientes, se ha sostenido la inutilidad de la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. Ya que de esta manera cada miembro de la sociedad dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cuál la oportunidad para hacer algo.

De este modo, sin embargo, se olvida que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje; las que "no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de que hablan" (11). Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice; y, el sentido de lo que se dice en conjunto es lo único que puede esclarecer por completo, el correspondiente significado de las palabras individuales. "El contexto mostrará - dice **Ross** - la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual si se anota así cada referencia individual - continúa el mismo autor -, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra - concluye **Ross** - tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no" (12).

Así, a pesar de que el derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, "en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje". Tomando conciencia de este hecho, es de recordar con **Hart** que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho" (13).

La vaguedad del lenguaje no puede dejar de ser considerada por la teoría del derecho, ya que hace patente la "futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales: nada puede impedir que una palabra, ordinariamente precisa (precisa en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria"(14).

Tomemos un ejemplo del lenguaje corriente, frecuentemente citado ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo?. Nosotros no cuestionamos, actualmente, el significado de este término. Pero, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los "calvos", tendríamos que ponernos a pensar, a quién ha querido designar mediante esta palabra. ¿Calvo es quien no tiene pelo algunos en la cabeza o, también, quien los tiene pocos? (15). Veamos algunos ejemplos del lenguaje legal: ¿El término edificio, utilizado por nuestro legislador en el art. 267 C.P. se refiere a la "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, o a todo lo que ha sido construido sobre el suelo y bajo el suelo"? (16).

Cabe preguntarse si una palabra utilizada dos veces en la misma disposición tiene, en ambos casos, igual significación. Por ejemplo, en el párrafo 1o. del art. 257, se dice: "El que con violencia, engaño o

abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble..." y en el párrafo 3o., se expresa: "El que con violencia o amenaza, turbare la posesión de un inmueble". En el primero, el término "violencia" comprende también la amenaza (violencia moral o vía compulsiva).

Cuando en el art. 214, se hace referencia a un "nuevo matrimonio", ¿se debe comprender al matrimonio civil y al religioso o sólo al primero?

El legislador ha querido describir conductas distintas o incurre en redundancia, cuando establece, primero, en el párrafo 2o. del art. 230 que "se impondrá la misma pena (prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días) e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine" (violación de domicilio) y, luego, en el art. 339 que "el funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1o y 3o del artículo 27, por doble tiempo de la condena" (abuso de autoridad).

Aun reglas aparentemente tan claras como el art. 150 C.P., se presentan dudas cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice "el que intencionalmente matare a otro será reprimido ...". Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término "otro". Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende - igualmente - a las "personas descerebradas" o "muertos clínicamente"? En realidad, de lo que se trata es de saber cuándo se ha de considerar muerta a una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los trasplantes de órganos. Tradicionalmente, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o acto de respiración. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aun por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. Admite, por el contrario, la medicina moderna el concepto de la muerte cerebral. Este concepto ha sido incorporado a nuestra legislación. En el Código Sanitario (17) se reconoce que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establece que "la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales" (art. 36). En el art. 21 del Reglamento de injertos o trasplantes (18), se definía a la muerte como "un proceso biológico, lento y progresivo que se desarrolla a nivel celular, en tiempo variable para cada tejido. Su evolución comienza antes de la muerte clínica y continúa después de producida ésta". La muerte clínica era definida como: el para irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro medio científico más moderno empleado en el momento de la declaración" (art. 41 del Código Sanitario). Es esta muerte la que ya produce consecuencias jurídicas, por esto el art. 38 del Código Sanitario dispone que "por la muerte, dentro del campo de la salud, el sujeto de derecho se convierte en objeto de derecho que se conserva, se destruye o se usa en defensa y cuidado de la salud pública y de la salud privada". Con esta disposición concuerda el art. 6 del Reglamento de injertos o trasplantes que dice: "Desde el momento en que el médico certifique, respecto de su paciente, que cualquier procedimiento técnico que se siga será inútil para producir su recuperación, y producida la muerte clínica, se podrán usar procedimientos para los efectos de conservar la vida independiente de los órganos a fin de que puedan ser utilizados en trasplantes".

En la Ley 23415, del 1o. de junio 1982 y por la que se deroga la sección cuarta del Libro Primero del Código Sanitario, "se considera muerte ... a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria". Nuestra interpretación no es afectada por esta nueva disposición, a pesar que en ésta se señale "para los efectos de la presente ley".

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el "muerto clínicamente puede o no ser víctima del delito de homicidio". En otras palabras, si el término "otro" comprende o no a la persona considerada muerta "clínicamente". Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra doctrina no se ha planteado *in extensum* el problema (19). En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa (20).

Y aquí, también, debemos hacer notar que no son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el legislador mismo los usa de manera inapropiada. Tenemos un caso, es el art. 125 C.P. en que se trata de la reincidencia. La jurisprudencia reiterada de los tribunales ha considerado,

justamente, que aquí dicho término no ha sido usado por el legislador en el sentido estatuido en el art. 111, sino que con él se hace referencia al simple hecho de "volver a cometer un delito" (21).

Respecto al lenguaje científico ha dicho **Ross**, que está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito"(22). Por esto, la referencia a la edad de la víctima -por ejemplo- es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contenga (art. 199).

Se puede afirmar que la aplicación de la proposición jurídica a un caso particular requiere de su interpretación; tarea que es completada por la determinación e interpretación; tarea que es completada por la determinación e interpretación de los hechos(23). Y la necesidad de interpretar el texto legal se presenta, sobre todo, "cuando el fenómeno a enjuiciar se encuentra en el sector marginal" de un concepto o de una representación general(24)

### **37. Metas de la interpretación: concepciones objetiva y subjetiva.-**

El proceso de la interpretación no concluye, con frecuencia, en una sola solución. El resultado no es preciso, exento de ambigüedad. Karl **Larenz** considera - con justa razón - que la respuesta a la pregunta ¿cuándo es "correcto" el resultado de la interpretación? depende de cómo se determine la meta del conocimiento.

Dos concepciones se oponen, tradicionalmente, en torno a este problema: la teoría subjetiva y la teoría objetiva. Según los partidarios de la primera, la interpretación se dirige a determinar la voluntad del legislador histórico; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar"(25). Los defensores de la segunda, afirman que se trata de buscar la voluntad de la ley; el sentido razonable, normativo de la ley(26).

La separación radical de estas dos concepciones es artificiosa; debido a que no se puede contraponer de manera absoluta intención y comunicación. Esta última no tiene un significado objetivo preciso y su comprensión cambia de acuerdo a los datos que se tengan en cuenta. La intención que es un fenómeno del mundo interno del legislador es "fundamentalmente inaccesible"(27). Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador - como también se denomina a la voluntad - que "salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador es hablar o escribir(28).

En la doctrina nacional se sostiene, generalmente, que la interpretación tiende a establecer la voluntad de la ley. De la jurisprudencia de la Corte Suprema no se puede deducir una concepción coherente y de cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos ha recurrido algunas veces a la pretendida "voluntad del legislador".

Ante el problema de saber si en el art. 214 la palabra matrimonio se refiere tanto al civil como al religioso, la Corte Suprema sostuvo en su Ejecutoria del 8 de junio de 1940 que "aun cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la prisa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador - argumentaron nuestros jueces supremos - al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos"(29). Sin embargo el criterio que ha predominado es el legalista: sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil.

En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa fundamentalmente del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley(30).

Si se quiere seguir hablando de teorías subjetiva y objetiva, debe cambiarse el criterio de distinción, ya que ha de tenerse en cuenta los elementos a los que recurre el intérprete para llegar al sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hecho, legadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que concibe la interpretación de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva(31).

Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para establecer el significado de la ley, objeto de la interpretación.

**Larenz** ha señalado muy bien que "es necesario lograr una síntesis, pues la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, ambos ha de ser tenidos en cuenta por la interpretación(32).

### **38. Criterios para la interpretación: literal, histórico, sistemático y teleológico.-**

Se reconoce, en principio, que las reglas o criterios empleados en los demás campos jurídicos son también aplicables en derecho penal, siempre y cuando su uso no implique una violación del principio de la legalidad.

Tenemos, pues, así que casi todos están de acuerdo en que el primer paso a dar en la interpretación de una norma es el análisis de su sentido literal. Por esto, **Gioja** ha podido decir "lo que parece evidente es que el espíritu lo descubre a través de la letra"(33).

Tradicionalmente, se ha sostenido que es la forma más simple de interpretación, y que consiste en indagar el significado propio de las palabras. Estas deben entenderse en su sentido natural, obvio, según el uso general de las mismas. Pero, como lo hemos visto anteriormente, las palabras no poseen un sentido natural y obvio. Son en su mayor parte ambiguas, vagas; su campo de referencia es indefinido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a esto el esclarecimiento del sentido literal sólo puede alcanzar a fijar, aproximadamente, la amplitud de la palabra. para precisarla es necesario recurrir a otros criterios éstos son el histórico, el sistemático y el teleológico.

Veamos, en primer lugar, el siguiente caso jurisprudencial (34). un menor de catorce años de edad practica el acto análogo al sexual con un pederasta, quien hace de pasivo. El Tribunal Correccional condena al homosexual a una pena privativa de libertad, como cómplice del delito de violación de menores. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos únicamente que el Tribunal invocó el art. 199 C.P. Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, en la misma Resolución suprema se dice, que siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de atentado contra el pudor, previsto en el art. 200 C.P. En segundo lugar, se afirma en un primer voto en discordia que este hecho constituye el delito de violación presunta, "porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual". En tercer lugar, se sostiene, en un segundo voto en discordia, que el art. 199 al referirse a "hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor", reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, en encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el artículo 199 ni el 200 C.P., sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el art. 85 del Código de Menores, que reprime la incitación a actos inmorales.

El art. 199 del C.P. dice el que "hiciera sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor". Las discrepancias existentes entre la Resolución suprema y los votos discordantes tienen su origen en un problema de lenguaje. Se trata de saber qué significa "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo". En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución suprema hace referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señala, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se

debe a los vocablos empleados en muchos códigos (se ha querido decir, en nuestros códigos) y además el hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hace, igualmente, referencia al papel de incubo o súcubo desempeñado por el acusado (homosexual).

El análisis que se hace debe ser apreciado teniendo en cuenta que el art. 199 C.P. fijaba, entonces, en 16 años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo; el mismo que fue rebajado a 14 años, mediante el D.L. 18140.

Todo el problema gira en saber cuál es el significado de la frase hacer sufrir el acto sexual, o si se prefiere, qué cosa es lo que quiere decir la ley, qué ha querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución suprema analizada, se sostiene que el acto imputado al pederasta pasivo es un "atentado contra el pudor del menor" y no violación, en base a que se estima que el sujeto pasivo del acto sexual o análogo debe ser necesariamente el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debe ser, igualmente, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión parece basarse en el criterio "machista" de que el sujeto pasivo "padece" el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechaza la aplicación del art. 199 (por las mismas razones sostenidas en la Corte Suprema) y la del art. 200, por faltar en el caso de autos "los elementos típicos que configuran la infracción". Sus sustentadores afirman que es de aplicación el art. 85 del Código de Menores (incitación a actos inmorales). El primer voto en discordia se sostiene, por el contrario, que es de aplicación el art. 199.

Si bien no se puede afirmar que la solución se obtendrá mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos dará la clave para encontrarla. Con este objetivo, es necesario referirnos a la fuente legal de esta disposición: los proyectos suizos de 1916 y 1918.

El art. 199 C.P., es una traducción del art. 131 del Anteproyecto suizo de 1916. En el texto francés de esta disposición - que fue consultado por el legislador peruano - se emplea la frase "faire subir" cuya traducción literal es, precisamente, "hacer sufrir". La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, "hacer sufrir" significa "hacer padecer", esto es hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, "someter de grado o fuerza" a una persona. Es en este sentido de someter por la fuerza que el legislador ha utilizado la frase "hacer sufrir". No se trata de averiguar si el sujeto pasivo "padece o no el acto sexual". la clave está en constatar si el acto sexual o análogo ha sido impuesto a la víctima del delito (que no es necesariamente el sujeto pasivo del acto sexual o análogo).

Los jueces supremos - en el momento de resolver el caso - cuestionaron una serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma alguna ha sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual: que éste último ha actuado como sujeto pasivo; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la inmoralidad propuesta. Pero el art. 199 no exige que el acto sexual (o análogo) se realice contra la voluntad del menor; se trata, justamente, de una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le considera incapacitado para prestar su consentimiento, y todo aquel que practique el acto sexual o análogo contra un menor, aun cuando éste hubiere incitado y aceptado la realización del acto sexual, a pesar de que el menor lo acepte voluntariamente, está cometiendo un acto que la ley presume no querido por éste, ya que ésta lo considera incapaz de prestar consentimiento.

Cuando en uno de los votos dirimientes se hace referencia a que - para aplicar el art. 199 - el sujeto pasivo del delito debe ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distingue donde la no hace distinción alguna. Además, si analizamos el art. 199 en relación con el delito de violación de mujeres mayores de edad (art. 196), tendremos otra perspectiva de la expresión "hacer sufrir el acto sexual". En la violación de mujeres mayores de edad, se dice "el que mediante violencia o amenaza hiciere sufrir el acto sexual". Es decir, "hacer sufrir el acto sexual" implica, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practique el acto sexual fuera de matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador ha debido indicar el medio: violencia o amenaza. En el art. 199, sin hacer referencia a medio alguno se sigue empleando la frase "hacer sufrir ... ". Otro se debe a que supone en estos casos que el simple hecho

de practicarlo con menores de 16 años, ya significa cometerlo contra su voluntad. El menor es incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera queda evidente la imprecisión de la frase "hacer sufrir ...". Tiene un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para que practique el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. Cuando se consideran los casos situados en la zona de penumbra, se habla de "interpretación extensiva"(35).

Para precisar el sentido del art. 199 C.P., nos ha necesario recurrir al criterio sistemático y la histórico. Mediante el primero, hemos restablecido su conexión con otras proposiciones y las conexiones que entre sí tienen las partes individuales de la norma. El criterio histórico está referido a la determinación del antecedente histórico. Esto último es fundamental, porque el lenguaje de una proposición en vigor "no puede ser entendido rectamente si se (le) escinde de los antecedentes históricos, por considerarlo algo suficiente"(36).

Veamos otro ejemplo. El art. 243 que prevé el delito de encubrimiento dice que el autor "debía presumir que también (la cosa) provenía de un delito". Esta expresión se refiere sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos adquiridos con el producto de la venta de las joyas robadas. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal; es decir, de que la frase "debía presumir que provenía de un delito", no tiene un significado objetivo, natural, sino que puede ser comprendida de dos maneras: primero, la cosa proviene de un delito inmediato, es la cosa de la que el agente se ha apoderado, por ejemplo, mediante substracción; segundo, no es la cosa substraída la que negocia o recibe al encubridor, sino que aprovecha mediatamente de la cosa que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido de su venta (conociendo su origen ilícito).

El primer caso será reprimido, sin duda alguna, de acuerdo al art. 243; ¿pero, también lo sería el segundo caso? Este último recibe el nombre de pseudo encubrimiento.

La respuesta depende, pues, de la interpretación que demos a la frase "proviene de un delito". Literalmente, "provenir" significa proceder, originarse una cosa de otra. "origen", significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, se recurre a otros criterios, por ejemplo el sistemático o el histórico. La fuente legal de esta norma, en cuanto al tipo legal, es el art. 125 del Proyecto suizo de 1918; que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) y subsiste en el art. 144 del Código vigente. Los expertos que redactaron este texto afirman que sólo se puede encubrir la cosa misma obtenida mediante la primera infracción y no el producto de la venta de la cosa. Asimismo, están de acuerdo en que no es necesario establecer si el encubridor obró por un móvil de lucro(37) Sin embargo, a pesar de la identidad de los textos sería equivocado admitirlo sin más en nuestro medio, ya que nuestro legislador ha incorporado entre los delitos contra la administración de justicia la infracción en la que el agente actúa procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o escondiendo los efectos del mismo, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días" (art. 332). Disposición que tiene como fuente legal el art. 16, inciso 2o., del Código Penal derogado: Destruyendo u ocultando el cuerpo del delito, sus vestigios o los instrumentos con que se cometió, a fin de impedir su descubrimiento. Esta regla no tiene equivalente en el Código Penal helvético. Según esta disposición, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en el Código vigente, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como recepción, dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, entre los delitos contra la administración de justicia. El inciso 1o. del art. 16 del Código derogado ha sido reemplazado por el art. 243 y el inciso 2o. ha devenido en art. 332.

En el aspecto que nos interesa, estas dos disposiciones reprimen al que "escondiese ... una cosa que él debía presumir que provenía de un delito" (art. 243) y al que actuase "escondiendo los efectos del mismo" (delito) (art. 332). Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo tipo de acción o es que se trata de acciones distintas. ¿"Cosa que proviene de un delito" es lo mismo que "efectos del delito"? En doctrina, se admite que lo único que diferencia a ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. Por lo tanto, para aplicar el art. 243 es necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Pero, por otro lado, esta indagación en torno a las fuentes y conexiones de la

disposición con otras no nos ha permitido alcanzar una respuesta definitiva sobre los alcances de la frase "provenir de un delito".

La importancia de la determinación de los antecedentes y del contexto en que se dictó la norma jurídica, se nota, por ejemplo, al tratar de determinar lo que significa "perfidia", en el art. 152 C.P. Si se prefiere, ¿qué es lo que quiere decir la ley o ha querido decir el legislador con "perfidia"?

La muerte causada con perfidia es un asesinato. ¿Pero, cuándo se presenta esa circunstancia? En doctrina, se dice que el pérfido es el traidor, el desleal, el que no respecta la fe debida (38). Roy **Freyre** señala que la "perfidia es una traición en el ámbito espiritual integrada de un lado, por el quebrantamiento de un deber de gratitud; y, de otro, por el aprovechamiento de la inadvertencia moral de la víctima"(39). La Corte Suprema admite este criterio en reiteradas ocasiones; así, considera que actúa con perfidia quien aprovechándose de la confianza que le dispensaba su tío (él que lo ayudaba materialmente) le causa la muerte (40). Ha sostenido, igualmente, que si no existe este lazo entre autor y víctima se da sólo el homicidio simple (41).

Podemos afirmar que de esta manera se hace referencia al núcleo connotativo del término. Sin embargo, hay casos límites como el que señala el propio Roy **Freyre** al referirse a "aquellos que con la idea de asegurar la perpetración del delito simulaban actitudes que generan confianza en la víctima" (42). Con este mismo criterio, la Corte Suprema ha afirmado "que el crimen lo premeditó y preparó debidamente (el agente), adoptando todas las precauciones para no ser descubierto y para la culminación segura de su designio; que dio muerte a su mujer con perfidia manifiesta; llevándola a lugar desolado mediante engaño para darle confianza ..." (43). y "que la forma y el lugar en que actuó para eliminar a su víctima ponen de manifiesto que obró con premeditación y perfidia, ya que luego de ganarse la confianza del agraviado lo condujo hacia otro sitio despoblado donde lo mató" (44).

¿Cómo los juristas y los jueces han llegado a elaborar esta noción de "perfidia"? Respecto a los primeros, ha primado, fundamentalmente, un criterio conceptualista, inspirado por doctrinarios extranjeros, lo que se nota, en particular, por la referencia a la noción de "alevosía". En cuanto a los segundos, es de tener presente los antecedentes jurisprudenciales, en los que se aplicaba el art. 237 de nuestro viejo Código. Si bien el Código de 1863, se refería a "traición o sobre seguro", El Proyecto de 1877 art. 297, estatuyó "Hay perfidia cuando con simulación de amistad, o de cualquier otro modo, se atrae a la víctima que no tiene motivo para desconfiar del asesino u ofensor". Creemos que debe recordarse, además, que el art. 152 es una reproducción literal del art. 99 del Proyecto suizo de 1918; en cuyo texto francés se habla de "perfidie"; y, nuestro codificador no escogió entre "perfidia" y "alevosía", siguió fielmente el texto helvético. En éste no podía encontrarse un vocablo equivalente a alevosía por no existir en francés (45). El término "perfidia" fue comprendido por los redactores del texto suizo como el acto "consistente en las astucias, maquinaciones, engaños dirigidos a una persona crédula" (46).

Otro criterio que se utiliza para determinar el significado de la ley, es el teleológico. Y consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; en relación a lo último se señalan "la naturaleza de las cosas"; "la equidad", "seguridad". etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades sociales a las cuales el legislador ha querido dar solución (47). En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley y la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo "habrá que preguntar qué fin puede tener razonablemente una regulación; para lo que habrá que tener en cuenta los fines objetivos del derecho".

Alf **Ross** considera que una cuando el propósito de una actividad puede ser establecida en forma inequívoca, no proporciona la única guía para esa actividad; que a menudo es imposible de establecer, sin ambigüedad, el propósito de una ley; y, por último, que frecuentemente es imposible atribuir algún propósito a una ley; sostiene, asimismo, que "es menester subrayar que telos no designa el propósito aislado de la ley individual, sino que pars pro toto se refiere a todas las consideraciones admisibles". Así, pues, **Ross** prefiere denominar a esta forma de interpretación pragmática, en lugar de teleológica. En su opinión, consistiría en la "integración de una multiplicidad

de valoraciones; y, el propósito de la ley solamente indica una consideración única de esa multiplicidad" (48).

Como ejemplo de este hecho, podemos referirnos al delito de encubrimiento, al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad (49). Mediante el art. 243, se busca proteger el bien jurídico patrimonio evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente; a la vez que trata de obtener un provecho. En el art. 332, por el contrario, se trata de proteger el bien jurídico "buena administración de justicia". El agente actúa para entorpecer la acción de la justicia (50). Es de tener en cuenta, por tanto, el fin perseguido para comprender cabalmente el significado de las normas.

La Corte Suprema ha recurrido, sin mucha fortuna, al sentido inmanente del derecho; en particular, al principio de equidad y proporcionalidad de las penas, en relación a la sanción a imponerse a los reincidentes simples.

El art. 112 C.P. señala que a estos reincidentes se les debe imponer, necesariamente, pena no menor que la máxima señalado para el delito correspondiente. ¿En los casos en que no se señala el máximo en la disposición especial, se deberá imponer de todas maneras al reincidente el máximo genérico de la pena?

Nuestro máximo tribunal responde afirmativamente, por considerar que no se debería tener en cuenta las circunstancias en que se cometió el hecho juzgado(51). En algunos casos ha estimado, por el contrario, que no cabe imponerle el máximo genérico(20 años), "porque ello daría lugar a la imposición de sanciones desproporcionadas a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales del agente" (52).

El recurrir a este criterio, si bien significó un medio para evitar la imposición de penas injustamente severas (lo que corresponde mejor a la concepción original del Código Penal), no era necesario por existir otros criterios mucho más preciso. Pensamos que si desde un comienzo, se hubieran esclarecido las circunstancias en que se elaboró y estructuró el Código Penal, este problema de interpretación hubiese sido correctamente resuelto.

Tomemos otro ejemplo. En el sistema de sanciones penales de nuestro Código Penal se consideran penas y medidas de seguridad. No se trata de un sistema puramente dualista o monista. Es un sistema mixto, que se inspira en este aspecto en los proyectos suizos. Nos interesa destacar, que en la parte especial nuestro legislador adopta el sistema de los márgenes penales. En muchos casos determina el máximo y el mínimo dentro de los cuales el juez, de acuerdo con el art. 50, ha de escoger la pena para el autor del delito en particular. En otros casos, se limita a establecer el máximo de la pena sin señalar el mínimo o señala este último pero no el máximo. En pocos casos, por último, se limita a nombrar simplemente la pena.

El art. 50 C.P., estatuye que "los jueces aplicarán la pena adoptando el máximo o el mínimo señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeran necesaria". Esto significa que en toda disposición de la parte especial se fijan ambos límites. Cuando no han sido establecidos expresamente, es de remitirse al máximo o mínimo de la pena. Esto es admitido, en la actualidad, tanto por la Doctrina como por la jurisprudencia.

Cuando en el art. 150 C.P., nuestro legislador establece que: el que matare a otro, intencionalmente, será castigado con una pena de penitenciaría no menor de seis años, significa que el máximo será de veinte años. Por el contrario, cuando únicamente señala el máximo se tendrá que entender que el mínimo es en el caso de penitenciará un año y en el de prisión dos días.

La aplicación de esta regla presenta dificultades en relación con los casos en que el legislador recurre al sistema de penas paralelas; por ejemplo, en las disposiciones sobre los delitos contra las comunicaciones públicas (Título IV de la Sección séptima "Delitos contra la seguridad pública").

Si nosotros consideramos las disposiciones penales pertinentes, notaremos lo siguiente: que según el art. 268 que prevé el delito de impedir o perturbar la circulación pública, especialmente en vías



públicas, cuando es cometido intencionalmente, el actor será reprimido con prisión no mayor de dos años. Esto significa que el límite mínimo que podrá aplicar el juez es de dos días. Pero, el párrafo segundo de dicho dispositivo establece que la pena será penitenciaría no mayor de diez años, significando con ello que el mínimo será un año. Pero también se señala "o prisión no menor de seis meses" ¿Cuál es el máximo de esta pena? De acuerdo a la regla general, será de veinte años. Es decir, que el Juez podrá escoger la penal de prisión e imponer una pena mayor de diez años, duración establecida como máxima para la pena de penitenciaría. el problema se complica aún más, si analizamos el párrafo tercero de esta disposición. que señala como pena la de "prisión o multa de tres a treinta días si el delincuente hubiere obrado con negligencia". Al decir únicamente prisión, se refiere a la clase de pena, no estableciendo ni mínimo ni máximo. ¿Significa esto que el juez puede tener como márgenes dos días y veinte años? En la jurisprudencia nacional, parece que se tiende a dar una respuesta afirmativa. Esto significa que el juez podría imponer en el caso culposo de este delito una pena mayor que para el caso doloso. Esto no concuerda con las otras disposiciones del Código, de las que se deduce que la pena es menor para los casos de comisión culposa. ¿Es que el legislador ha querido considerar algunos casos culposos que se caracterizan por su gravedad material, y dejar al criterio del juez el imponer penas muchos más severas que en ciertos casos intencionales en que el agente revela quizás menor peligrosidad? Parecería casi insoluble este problema, si es que nosotros nos negáramos a tener presentes "las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión".

Nosotros sabemos que la influencia más importante que tuvo nuestro legislador al elaborar nuestro Código Penal proviene de la legislación penal suiza; particularmente, de los Proyectos de 1916 y 1918. En cuanto a las disposiciones referentes a las comunicaciones públicas, es de señalar que éstas constituyen una traducción literal de las normas helvéticas y las escalas fijadas son las mismas. El legislador peruano incorporó estas disposiciones tal como figuraban en los proyectos suizos, pero olvidó modificarlos en el aspecto de las penas; modificación necesaria por cuanto no seguía el modelo suizo en relación al sistema general de penas. En nuestro Código Penal, en los arts. 12 y siguientes se señala la pena de penitenciaría y de prisión (que son las que nos interesan) y se establece como mínimo para la penitenciaría un año y como máximo veinte; para la prisión, como mínimo dos días y como máximo veinte años. En los proyectos suizos, por el contrario no era lo mismo; en éstos se establecía una pena semejante a la penitenciaría que es la reclusión con un mínimo de un año y un máximo de veinte. En cambio en la pena de prisión no sucedía lo que se da en nuestro Código, pues el proyecto suizo señala como mínimo dos días y como máximo tres años, salvo disposición expresa de la ley.

Por esto, cuando los juristas suizos interpretan el artículo 237 de su Código Penal - idéntico a nuestro art. 268 - no tienen problemas, ya que en el caso de que se señala únicamente la pena de prisión - como sucede en la forma culposa del delito de impedir o perturbar la circulación pública - no se puede pensar que la pena será de dos días a tres años, conforme a las normas generales. De esta manera existe concordancia entre las escalas de penas correspondientes a las infracciones dolosa y culposa. Nuestro legislador no se percató que el abandono del modelo suizo, al elaborar el sistema general de penas y seguir con las escalas penales en la parte especial, falseó todo el sistema del Código.

La interpretación de nuestra ley debería realizarse teniendo en cuenta que, de acuerdo a la gravedad de las acciones y a la intensidad de la culpabilidad, el límite máximo de la pena (no fijado en estos casos) debe ser determinado teniendo en cuenta los márgenes penales establecidos para los demás casos previstos. Este criterio fue utilizado para modificar el art. 239 C.P., mediante el art. 3 del D. leg. 121, y con el objeto de evitar la interpretación, generalmente, admitida en nuestro medio. Así, la forma básica del robo fue reprimida con penitenciaría o prisión no mayor de siete años ni menor de cuatro; la forma agravada, con penitenciaría no mayor de doce años ni menor de siete años; y, por último, la forma preterintencional, con penitenciaría no menor de doce años. En este último caso, el máximo era de 20 años de acuerdo a la regla general. Inspirado por un fin puramente represivo, el legislador ha modificado, mediante la Ley No. 23405 del 27 de mayo de 1982, esta disposición. Los límites máximos fijados, expresamente, han sido derogados. De esta manera, se piensa que el juez tendrá la facultad de imponer una pena de hasta veinte años en cualquiera de los tres casos diferentes estatuidos en el art. 239. Es decir, que en un simple robo podría ser igualmente sancionado que un robo agravado, o en caso de causarse culposamente la muerte de la víctima. Este criterio no es conforme, volvamos a repetirlo, con los principios básicos de nuestra ley penal.

### **39. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva.-**

En casi todos los estudios sobre la interpretación se trata de las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva. Clasificación que según el común de los tratadistas se realiza teniendo en cuenta los resultados obtenidos mediante la interpretación (53).

Se afirma que la interpretación declarativa se dirige a explicar el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, especialmente, en este último caso(54). Esta interpretación precisa de entre los varios significados de la expresión, aquél que responde exactamente a la voluntad de la ley(55). Pero, en esto consiste - precisamente - la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación. Con mucha razón, Jean **Graven** ha podido decir, que la interpretación debe ser únicamente declarativa, "limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica - y asimismo teleológica e histórica - en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular"(56).

Respecto a la interpretación restrictiva, se dice que es la "que es la "que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso"(57). Y, en cuanto a la interpretación extensiva, que "tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir"(58).

Estas definiciones suponen dos factores seguros entre los cuales se hace la confrontación. De un lado, el significado de las palabras legales; y, de otro lado, lo que quiso el legislador decir.

En cuanto al primero, señalemos que el "sentido literal no es una magnitud fija, sino siempre variable"(59). Al tratar de determinar los alcances de las palabras surgen casi siempre dudas respecto a la llamada "textura abierta del lenguaje"(60).

En relación al segundo, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, fundamentalmente, el texto mismo de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe a aquella como algo que es posible de detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Ya hemos afirmado que esta pretensión es artificiosa (61). Esto es más evidente en autores como Jiménez de **Asúa**, que oponen "alcances de las palabras legales" y "espíritu y voluntad del texto"(62).

Siguiendo a **Larenz**, denominamos interpretación restrictiva a la que "limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación" e interpretación extensiva a la que comprende "hasta el límite del sentido literal posible, hasta el "sector marginal"" (63). En el caso del término "matrimonio" empleado en el art. 214 C.P., si se entiende sólo "el matrimonio civil" estamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se entiende "matrimonio civil y religioso", será extensiva (64).

#### **40. Límites de la interpretación: reducción teleológica y analogía.-**

La interpretación - para ser considerada como tal - debe permanecer dentro de los límites del "sentido literal posible" del texto legal. Es decir, hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Los límites de extensión del significado de las palabras no están predeterminados de manera natural y obvia. No se debe olvidar que el contexto en el cual son empleados es el que determinará los alcances de las palabras. El significado de una expresión no es el resultado de la adición de los significados parciales de los términos empleados (65).

Rebasar el sentido literal posible de la expresión o reducir los alcances del núcleo connotativo no es interpretar la norma. Lo primero, se realiza, generalmente, mediante la analogía y, lo segundo, a través de la reducción teleológica.

Por ejemplo, el art. 71 C.P. estatuye que "la obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor ...". La cabal comprensión del sentido literal posible de esta regla depende, en gran parte, de los alcances que se reconozcan al término "ofensor". El legislador no ha calificado de modo particular este sustantivo, de modo que se refiere de manera general a quien es autor del delito. sin embargo, la Corte Suprema ha distinguido entre "ofensor condenado" y "ofensor no condenado". Señalando, primero, en su ejecutoria del 4 de noviembre de 1936 que en los delitos contra el honor sexual, la obligación de pagar la dote se extingue, si antes de pronunciar sentencia fallece la agraviada, "sólo la reparación civil... es transmisible a los herederos del ofendido"(66). De donde se desprende que se estimó que la obligación de reparar pasa a los herederos aun cuando el ofensor fallezca antes de ser condenado. Criterio distinto sostiene en su ejecutoria del 6 de mayo de 1939, al decir que "la disposición del art. 71 del Código Penal ... no puede entenderse sino en el sentido que éste (el ofensor) fallezca después de condenado y con la obligación preexistente de esa responsabilidad; por lo que si uno de los acusados fallece en el curso de la instrucción, no se puede condenar a sus herederos al pago de reparación civil" (67). Esta opinión ha prevalecido en los fallos supremos. Pero, en realidad, aquí no existe sólo una "interpretación restrictiva", sino un caso de "reducción teleológica". El alcance del término legal es disminuido en base al fin o a la conexión de sentido de la disposición (68).

Algo semejante sucede con el párrafo cuarto del art. 212 C.P. en el que se señala, con relación a la acción penal en caso de adulterio, que "tampoco podrá intentarlo, si previamente no ha pedido (el cónyuge ofendido) el divorcio por razón de adulterio". El significado de la expresión es de considerar suficiente la interposición de la demanda civil para que proceda la persecución penal. La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, sostiene que es necesaria "la declaración previa del divorcio por la causal de adulterio". De esta manera, restringe los alcances de la disposición. Sin embargo, es imposible considerar que nuestro máximo tribunal llega a esta conclusión pensando que la letra de la norma dice más de lo que el legislador quiso decir. Se trata, en buena cuenta, de una "reducción teleológica" del significado de la disposición. Se ha invocado "un principio de moralidad y justicia" y "el peligro de llegar a conclusiones implicantes y contradictorias", para evitar que se prosigan dos juicios-uno civil y otro penal - torno a un mismo hecho. El asidero más fuerte para llegar a este resultado de la interpretación ha sido la aplicación del art. 4 C.P.P., modificado por el art. 1o. del D.Leg. 126 del 12 de junio de 1981, que regula las cuestiones prejudiciales, cuya admisión hace suspender la prosecución del proceso penal. No se puede pensar en una oposición entre el "sentido literal de la norma" y "la voluntad del legislador" (**Bramont** habla de la "voluntad de la ley"), por cuanto el art. 212 es, en realidad, una traducción literal del art. 181 del Proyecto suizo de 1918, que era diferente al art. 138 del Proyecto de 1908, en el que se exigía la "declaración del divorcio". El legislador peruano, aún conociendo esta norma, se decidió por el texto del proyecto de 1918 (69). Al menos, es de admitir que el codificador nacional conocía el art. 268 del Código que derogaba. Según esta norma: "Cuando se siga ante el juez eclesiástico juicio de divorcio por adulterio, no podrá intentarse la acción penal; y aunque se declare el divorcio, habrá necesidad de nuevo juicio ante la autoridad civil, para la aplicación de la pena". Es decir, que la disolución del vínculo matrimonial era indispensable para que proceda la persecución penal.

Se trata, igualmente, de un caso de "reducción teleológica" del texto legal, cuando la Corte suprema considera que "no constituye reincidencia prevista en el art. 111 C.P., la comisión de un nuevo delito reprimido con pena privativa de la libertad, si la condena anterior suspendió condicionalmente la ejecución de la pena, pero deberá agregarse a la que se impuso en la primera sentencia, la que corresponde al segundo delito conforme la art. 56 del mismo cuerpo legal" (70). Esta disposición, párrafo 1o., in fine, estatuye que "sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia". Los jueces supremos dejan de lado esta frase final, en la que se establece la reincidencia ficta o impropia, como excepción a la regla del art. 111 que admite la reincidencia verdadera o propia (71). Es de lamentar que en la Resolución suprema transcrita, no se hayan expuesto las razones en que fundamentan su decisión los magistrados supremos. Sería recomendable, de otro lado, que junto a la resolución suprema se publique la sentencia del tribunal correccional cuya nulidad se reclama; sólo de esta manera, las resoluciones supremas cumplirían su rol orientador en relación a los jueces de las instancias inferiores.

Para comprender de qué manera se puede ir más allá del límite extremo del "posible sentido literal del texto legal", veamos el siguiente caso jurisprudencial (72). Juan, mayor de edad, con "el pretexto del juego entre hermanos", venció la resistencia de su hermana de 17 años de edad y le hizo sufrir el

acto sexual(73). El fiscal consideró, den primer lugar, que es "preciso hacer notar que el Tribunal correccional sentenciador discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolució al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar". Luego niega - con razón - que se trate de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre ofensor y víctima(74). Por el contrario, afirma que debe aplicarse el art. 196 que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que esgrime son:

1. que teniendo en cuenta el grado de educació del autor, "no puede exigirse que haya mediado violencia física, para la comisió de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse pro establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió ... ";

2. el absolver al acusado, "establece un funesto precedente, porque de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser ... " ;

3. "el hecho cometido ... no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organizació, jurídicamente organizada".

Todo el problema se reduce a determinar qué se debe entender por "violencia". Se debe tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El art. 196 dice: "Será reprimido con ... el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio". Es evidente que con el término violencia, se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse, si también se refiere al empleo de la fuerza moral (vis compulsiva), Pero, es dudoso que abarque los casos de abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima. En el contexto del art. 196, no se puede responder afirmativamente a la pregunta, de si el término violencia comprende el empleo de la fuerza moral. Precisamente, porque a ella se refiere la palabra amenaza, utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra violencia, menos lo será "el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona".

De acuerdo al primer argumento del fiscal, parecería que se trata de una interpretació extensiva. Pero, es evidente de que no se puede admitir que el hecho de que el hermano venza la resistencia de su hermana menor mediante el abuso de su ascendiente sobre ella, pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo violentando el lenguaje podría afirmarse que el acusado ha ejercido "violencia".

Se trata más bien de un ejemplo de cómo se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador considera, primero, que la violació (acto descrito en el art. 196) y el incesto (no previsto como delito independiente nuestra legislación) deben ser reprimidos por ser actos que van "contra las bases sustanciales de nuestra organizació, jurídicamente organizada" y "no pueden permanecer impunes". En segundo lugar, que es semejante la situación de hecho; en ambos casos se trata de un acto sexual contra la voluntad del sujeto pasivo. La diferencia radica en que para la violació se requiere violencia o grave amenaza, elemento que no se presenta en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposició legal a un caso no previsto en ella. Esto constituye una violació del principio de la legalidad.

La prohibició de la aplicació analógica de la ley penal ha sido consagrada en la nueva Constitución. Según el art. 233, inc. 8, es garantía de la administració de justicia: "la inaplicabilidad por analogía de la ley penal". Esta prohibició debe ser comprendida, en armonía con el principio de legalidad, en el sentido de que el juez penal no puede, en base a un razonamiento analógico, crear una nueva infracción; ampliar la aplicació de una figura delictiva; y tampoco completar o agravar una sanción.

En derecho penal la sumisión del juez a la ley, en virtud del principio de la legalidad, es más acentuada que en otros campos del ordenamiento jurídico. Esto no significa que la función judicial sea puramente mecánica; basada en una mera operación lógica: la interpretació. Debido,

precisamente, a la naturaleza del lenguaje, al abandono de las fórmulas casuísticas y al empleo de los denominados "elementos normativos" en la estructuración de las disposiciones legales, el juez - el intérprete en general - goza de mayor libertad con respecto a la ley, y tiene la obligación de esclarecer el significado de su "formulación lingüística". El marco dentro del cual ha de desarrollarse la actividad del intérprete es el "posible sentido literal del texto legal". Este sentido no puede ser obtenido mediante la adición de las significaciones de las palabras empleadas en la formulación de la expresión. Debe tenerse en cuenta, siempre, el sentido de lo que se dice en conjunto (contexto). Ha de recurrirse para su esclarecimiento a las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación; así como a los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión (criterios objetivo y subjetivo).

No es pertinente tratar de contraponer intención y comunicación, voluntad del legislador y voluntad de la ley. Toda tentativa que tienda a su logro se revela artificiosa. Está fuera de lugar, por tanto, plantear el problema de la justeza del resultado de interpretación en relación al descubrimiento de la "voluntad del legislador" o de la determinación del "espíritu o voluntad de la ley". El intérprete ha de tratar de calar en el sentido de la disposición, recurriendo a todos los medios necesarios y teniendo en cuenta todos los factores objetivos o subjetivos, contemporáneos a su formulación o presentes al momento de su aplicación. Esto determina que la interpretación sea un acto de cognición y un acto de valoración. El intérprete comprende la proposición jurídica, que es la materialización de toda una tradición cultural. Condicionado por esta tradición realiza sus actividades el intérprete; el juez toma su decisión.

Violentar la significación de las palabras y subsecuentemente de la expresión en su conjunto, implica el empleo de la analogía o de la reducción teleológica. La primera está constitucionalmente prohibida en la aplicación de las normas especiales de derecho penal. En armonía con el principio de la legalidad impide, también por mandato constitucional, reprimir un acto que no haya sido previamente regulado como delito en una ley.

El estudio de la interpretación no debe reducirse - como tradicionalmente ha sucedido - a la elaboración de reglas destinadas a orientar la aplicación del derecho, por esto hemos analizado algunas ejecutorias supremas a fin de determinar cómo los jueces proceden y qué conceptos y métodos utilizan.

1. **Montesquieu**, El espíritu de las leyes, T.I., p. 109.
2. **Montesquieu**, El espíritu de las leyes, T.I., p. 38.
3. **Hart**, El concepto de derecho, p. 49.
4. **Hart**, El concepto de derecho, p. 49.
5. **Capella**, El derecho como lenguaje, p. 28.
6. **Ross**, sobre el derecho, p. 109.
7. **Larenz**, Metodología, p. 246; cf. **Ross**, Sobre el derecho, p. 113. Ver. **Bonacorso**, in Riv. Int. di Fil. del D. 1966, p. 259.
8. **Betti**, in Rev. de la Uni. Ext. 1966, vol. II, No 1, p. 93
9. **Betti**, in Rev. de la Uni. Ext. 1966, vol. II, No. 1, p. 93-94.
10. **Recasens Siches**, Nueva filosofía, p. 181-182; **Soler**, La interpretación, p. 9.
11. **Schaf**, Ensayos, p. 99.

12. **Ross**, Sobre el derecho, p. 111. Tiene razón soler cuando rechaza la posesión escéptica, "consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aún frecuentes en el uso común del lenguaje". La expresión tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: "Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado es único"; Las palabras de la ley, p. 148 y 172.
13. **Hart**, El concepto de derecho, p. 159.
14. **Capella**, El derecho como lenguaje, p. 248-249.
15. Ver: **Soler**, Las palabras de la ley, p. 174-176; **Carrió**, Derecho y lenguaje, p. 37 y s.
16. **Hurtado**, Delitos contra la seguridad pública, p. 130.
17. D.L. 17505 del 18 de marzo de 1969; modificado por la Ley 23415. Ver: **Hurtado**, Manual, parte especial. T.I, p. 27.
18. Decreto Supremo 0098-71 SA del 22 de junio de 1971; implícitamente derogado.
19. Ver: **Roy Freyre**, Derecho penal peruano, parte especial, T.I, p. 45-46; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. Peña Cabrera no se pronuncia, ver: Derecho penal peruano, Parte especial, p. 12-13. **Hurtado**, Manual, parte especial, T.I, p. 25.
20. **Maurach**, Strafrecht, B.T., p. 13.
21. E. S. del 13 de octubre de 1937, in AJ 1937, p. 123. Ver: E.S. del 5 de noviembre de 1955, in AJ 1955, p. 347.
22. **Ross**, Sobre el derecho, p. 115.
23. **Soler**, La interpretación, p. 75.
24. **Larenz**, Metodología, p. 248.
25. **Ross**, Sobre el derecho, p. 117.
26. **Larenz**, Metodología, p. 250; **Ross** dice: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un objetivo", Sobre el derecho, p. 117.
27. **Ross**, Sobre el derecho, p. 117.
28. **Gioja**, Ideas para una filosofía, T.II, p. 264.
29. In AJ 1940, p. 59.
30. In RJP 1937, p. 657.
31. **Ross**, Sobre el derecho, p. 118.
32. Ver: **Germann**, Probleme und Methoden, p. 47 y s.
33. **Gioja**, Ideas para una filosofía, T.II, p. 264.

34. E.S. del 2o de octubre de 1973, in BJ, No 11-12, p. 440 y s. El análisis que se hace debe ser apreciado teniendo en cuenta que el art. 199 del Código fijaba, entonces, en 16 años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo; el mismo que fue rebajado a 14 años, mediante el D.L. 18140.

35. Ver: infra No. 38.

36. **Betti**, Rev. de la Uni. Ext., vol. VII, No 1, p. 101.

37. **Zürcher**, Exposé des motifs, p. 149-150.

38. **Cornejo**, Derecho penal peruano, parte especial, T.O., p. 30; **Peña**, Derecho penal peruano parte especial, p. 35.

39. Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 90.

40. E.S. del 8 de julio de 1966, in RJP 1966, p. 1470. Ver E.S. del 17 de enero de 1947 in RT 1974, p. 109.

41. E.S. del 5 de junio de 1953, in RJP 1953, p. 1108.

42. Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 90.

43. E.S. del 14 de setiembre de 1971, exp. 681/71, procede de Arequipa.

44. E.S. del 3 de abril de 1972, exp. 1893/71, procede del Cuzco

45. **Roy Freyre** no hubiera tenido que preocuparse, de haber tenido en cuenta este hecho, por "la razón por la que nuestro codificador ha preferido la especie 'perfidia', en lugar del género 'alevosía', expresión que no le es desconocida, puesto que la utiliza en el art. 174". La utiliza en este artículo porque no hace sino repetir lo estatuido en el artículo 260 del Código Penal derogado, de inspiración española. Ver: Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 90.

46. **Zürcher**, Exposé des motifs, p. 121.

47. **Du Pasquier**, Introduction, p. 189.

48. **Ross**, Sobre el derecho, p. 142.

49. Ver este mismo acápite, líneas arriba.

50. **Soler**, Derecho penal argentino, T.V., p. 249.

51. Ver: E.S. del 22 de febrero de 1933, in RT 1933, p. 8; del 27 de junio de 1946, in RJP 1946, p. 540; del 1o de octubre de 1952, in RJP 1967, p. 213; del 18 de abril de 1968, in AJ 1967-1968-1969, p. 155.

52. E.S. del 21 de abril de 1945, in RJP 1945, p. 362. Ver: E.S. del 6 de marzo de 1968, in El Peruano del 14 de marzo de 1968.

53. **Engisch**, Introducción, p. 129 y s.

54. **Castán Tobeñas**, Teoría de la aplicación, p. 259.

55. **Bramont**, La ley penal, p. 98.

56. In RPS 1951, p. 411.

57. **Castán Tobeñas**, Teoría de la aplicación, p. 260.
58. **Castán Tobeñas**, Teoría de la aplicación, p. 261.
59. **Larenz**, Metodología, p. 272.
60. Ver supra No. 35.
61. **Castán Tobeñas**, Teoría de la aplicación, p. 255.
62. **Jiménez de Asúa**, La ley y el delito, p. 116-117. Ver: **Bramont**, La ley penal, p. 94 y 95, quien sigue fielmente a Jiménez de Asúa.
63. Contra: **Castán Tobeñas**, Teoría de la aplicación, p. 259.
64. Ver supra No. 36.
65. Ver supra No. 35.
66. In RT 1936, p. 454; RF 1936, p. 761.
67. In RT 1939, p. 242.
68. Diferente, **Bramont**, La ley penal, p. 94. Ver: **Larenz**, metodología, p. 808.
69. El legislador helvético retomó la concepción del Proyecto de 1908, al elaborar la disposición definitiva del Código Penal, art. 214, pf. 1o.
70. E.S. del 6 de agosto de 1974, in El Peruano del 14 de agosto de 1974. Desde fines del mismo año se produjo un cambio radican en la manera de interpretar el art. 56 (infine). Ver E.S., del 7 de octubre de 1974 in RJP 1975, p. 198, del 10 de setiembre de 1975, in RJP 1975, p. 1134 y del 4 de febrero de 1976, in RJP 1976, p. 566.
71. Ver: **Hurtado**, in Derecho 1973, p. 78.
72. E.S. 6 de abril de 1964, in AJ 1964, p. 272.
73. Antes del D.L. 20583, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es de 14 años.
74. El D.L. 20583 modifica el art. 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.



### 3. La aplicación de la ley penal en el espacio

#### 41. Derecho penal internacional.-

A las reglas contenidas en el título II del libro primero del Código Penal se les denomina, tradicionalmente, en la doctrina: derecho penal internacional. Mediante estas disposiciones, el legislador determina en qué casos la ley penal nacional es aplicable. El legislador decide en virtud de la soberanía estatal, y teniendo en cuenta el lugar de ejecución de la infracción, la nacionalidad del autor o los bienes jurídicos lesionados.

En esta actividad, el legislador no tiene absoluta libertad (1). El derecho internacional y las particularidades de los casos a considerar le imponen determinadas restricciones (2). Esto no quiere decir que se trate de reglas de derecho internacional; por el contrario, estamos ante disposiciones pertenecientes al derecho penal nacional. Por esto, la mayor parte de los autores consideran equívoca la denominación de derecho penal internacional (3).

El calificativo de internacional está vinculado al hecho de que casi todos los casos contemplados en dichas reglas implican algún elemento foráneo (comisión del delito en el extranjero, autor o bien jurídico lesionado, extranjero). Desde este punto de vista, **Zlateric** afirma que es "internacional porque se refiere de facto a dos o más Estado" (4). En ningún caso puede admitirse que se trata de un derecho penal supranacional.

Al establecer el legislador el dominio de aplicación de su ley penal, comprende ciertos casos que tienen lugar en el extranjero, y hace esto sabiendo que los otros Estados proceden de la misma manera. No se puede por esta razón, considerar a tales reglas como normas consagradas a resolver conflictos espaciales de leyes represivas.

La finalidad del legislador es más bien de evitar que un acto delictuoso permanezca impune; aun cuando por lograrlo dé lugar a conflictos positivos con la legislación penal de otros Estados (5).

La amplitud de estos conflictos dependerá del criterio que prime en la decisión del legislador. Puede estar presto a luchar contra la delincuencia en estrecha y confiada relación con los demás Estados o preferir, por desconfianza, conservar su amplio poder represivo (6).

#### 42. Poder punitivo y poder jurisdiccional.-

Se ha discutido mucho en torno a la naturaleza de estas normas. Actualmente, predomina la opinión de que se trata de disposiciones jurídicas sobre la aplicación del derecho penal y que pertenecen al derecho penal material y no al procesal (Strafanwendungsrecht). Es el Estado mismo el que establece los límites de su poder punitivo; en primer lugar, mediante normas primarias señala qué acciones son delictuosas; y, en segundo lugar, mediante normas secundarias, indica su dominio de aplicación (7).

Para mejor comprender el problema que analizamos, es conveniente distinguir entre el problema del dominio de aplicación de la ley penal sustantiva y el del poder jurisdiccional. Este último se relaciona al derecho del Estado a someter a sus tribunales el juzgamiento de un infractor; el primero es un problema puramente jurídico, que consiste en saber si las disposiciones penales de un Estado determinado se aplican a un caso preciso (8). Poder punitivo y poder jurisdiccional coinciden generalmente; pero hay casos en que no se da el segundo, pero sí el primero. Es el caso, por ejemplo, de diplomáticos extranjeros que delinquen en territorio nacional (9). Esta distinción la tuvo en cuenta nuestro legislador al elaborar el Código Penal. Al respecto, no debemos olvidar que la denominación del título II del libro primero del Código es Dominio territorial de aplicación de la ley penal (10). En el proyecto de 1984 (octubre), se emplea la expresión "aplicación espacial". En la redacción de los arts. 6 y 7 del Código de Procedimientos Penales se utilizó otro criterio; siguiendo a la legislación francesa, se hace referencia a la jurisdicción (11).

En la legislación extranjera, se encuentra regulado el dominio de aplicación de ley penal, ya sea en los códigos penales, en los de procedimientos penales o en las constituciones (12). En doctrina, no faltan autores que afirman el carácter complejo del denominado derecho penal internacional (13).

#### **43. Principios para determinar la aplicación de la ley penal en el espacio.-**

Como hemos señalado anteriormente, el legislador no puede decidir arbitrariamente qué casos están sometidos a su poder punitivo. Su decisión será correcta y oportuna en la medida en que tenga en cuenta la existencia de un vínculo entre la situación de hecho y sus legítimos intereses de protección jurídica. Este vínculo puede consistir ya sea en el lugar de comisión de la infracción (principio territorial), en la nacionalidad del delincuente (principio de la personalidad activa), en la protección de bienes jurídicos nacionales (principio real o de defensa y principio de la personalidad pasiva), o en la defensa de intereses comunes a todos los Estados (principio universal). Además, es de señalar que se admite un quinto criterio, denominado de "justicia por representación", para los casos en que un Estado no conceda la extradición de un delincuente, solicitada por otro Estado que tiene expedito su derecho a reprimirlo.

En principio, ninguno de estos criterios puede ser, unilateralmente, utilizado como base para legitimar el dominio de aplicación de la ley penal. Tanto en la legislación como en la doctrina, se admite como principal uno de ellos y se le complementa con los otros. Ningún Estado reclama, hoy en día, juzgar un acto cometido en el extranjero sin invocar uno de estos principios (14). Los Estados tienen amplia libertad para hacer de cualquier de tales criterios el eje de las reglas sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Alemania (y también Austria), por ejemplo, hizo del principio de la personalidad activa el criterio rector, para luego sustituirlo por el principio territorial (15).

Si bien los Estados, como señalamos líneas arriba, deciden soberanamente sobre los límites de aplicación de sus leyes penales, no debe olvidarse la compleja interrelación económico-política del mundo, que determina la dependencia de los países más débiles de los poderosos, y la influencia de éstos se deja sentir en todos los dominios. Basta señalar como ejemplo el Caso Cutting, muy frecuentemente citado en las obras de derecho penal internacional. En 1886 Cutting, ciudadano norteamericano hizo publicar en un periódico de Texas (EE.UU.) un artículo difamatorio en agravio del mexicano Emigio Medina. Encontrándose tiempo después en la Ciudad Paso del Norte (México), fue detenido y condenado a un año de prisión. El enjuiciamiento y la condenación de Cutting tuvieron lugar conforme al art. 198 del Código Penal mexicano, que estatuye el principio denominado de la personalidad pasiva (una forma de principio real o de defensa). El gobierno norteamericano protestó no sólo porque el tribunal juzgador no ofrecía - en su opinión - todas las garantías necesarias, sino también "porque la pretensión de las autoridades mexicanas atentaba contra los derechos de los EE.UU. de establecer su competencia penal según el lugar de ejecución del delito y la nacionalidad del delincuente". El incidente terminó con la sumisión de las autoridades mexicanas, lo que constituyó una "capitulación simulada" (16).

#### **44. Legislación nacional.-**

El Código Penal derogado de 1863 no contenía disposición alguna sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Es en el Código de enjuiciamientos en materia penal, en donde figuran, por primera vez, alguna normas al respecto. En los nueve acápite de su art. 2 se enumeraban, de manera desordenada, los casos que están "sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación". En el primero, se consagra el principio territorial; en el 4 y 5, se contempla el caso de delitos cometidos en naves nacionales; en el 3, 6 y 7, se hace referencia al principio real o de defensa; en el 8 al principio personal, en el 9 al principio universal y, en el segundo, al caso de diplomáticos nacionales que en el ejercicio de sus funciones delinquen en el extranjero. Además, se señalan en el art. 9, algunos casos en que "cesa la jurisdicción nacional"; y en el art. 7, se indica quiénes son los jueces competentes en el caso de delitos cometidos en país extranjero, alta mar o aguas de ajena jurisdicción. Al elaborar el Código de procedimientos en materia criminal de 1920, nuestro legislador no conservó todas estas disposiciones. En los arts. 9 y 10, se limitó a regular el principio real (delito "contra un peruano o contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales"); y señaló de manera diferente las condiciones de represión para estos casos.

Los arts. 6, 7 y 8 del Código de Procedimientos Penales de 1940 son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, notándose en ellos, más claramente, la influencia francesa (17). El texto de tales arts. no está en completa armonía con lo dispuesto en los arts. 4, 5 y 6 del Código Penal vigente de 1924 y que figuraban en el proyecto de 1916 (arts. 4, 5 y 6).

Los problemas de interpretación a que da lugar esta superposición de normas legales, se complican por el hecho de que el Gobierno peruano ha suscrito y aprobado el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889 y el Tratado de La Habana de 1928 ("Código Bustamente"); cuyas disposiciones, a la vez que no concuerdan completamente entre sí, tampoco corresponden a los principios admitidos en el Código Penal.

De modo que en nuestro país hay una multiplicidad de normas sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Las reglas estatuidas en los tratados internacionales se aplicarán a todos los casos relacionados con los países contratantes (18) y las normas del Código Penal en concordancia con las del Código de Procedimientos Penales, regirán para los demás casos. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Además, cuenta la legislación peruana con una Ley de aeronáutica Civil que regula la ley aplicable para las infracciones cometidas a bordo de aeronaves (19) y la ley de extradición de 1888, completada por las disposiciones contenidas en el Título VIII del libro cuarto del Código de Procedimientos Penales (20).

#### **45. Principio territorial.-**

##### **a) Definición:**

Según el principio territorial, la ley penal es aplicable a toda infracción cometida en territorio nacional, sin tener en consideración la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos lesionados.

El legislador lo ha establecido como regla general en el artículo 4 C.P. El texto de esta disposición no ha sido bien redactada, ya que no dice expresamente que la ley penal peruana es aplicable, sino que se limita a señalar que "será reprimido todo el que cometa una infracción en el territorio de la República ..." (21). Esta imprecisión revelada por Angel G. **Cornejo** (22), no es de mayor importancia pues la disposición se encuentra en el título II del libro primero del Código, denominado Dominio territorial de aplicación de la ley penal y es evidente de que la ley penal de que se trata sólo puede ser la peruana. Además, el art. 74 de nuestra Carta fundamental expresa que "Todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". Sin embargo, es preferible la fórmula del Proyecto de 1985 (agosto), en cuanto dice: "La Ley peruana se aplica a todo hecho punible cometido en el territorio de la República ..." (art. 1) (23).

La expresión "dominio territorial" empleada por el legislador no es correcta y es fuente de confusión. Es preferible hablar de "dominio espacial" y limitar el uso del término "territorial" para identificar el principio de que tratamos. En el mismo error se incurre en el Proyecto 1984 (octubre), en el que se dice "aplicación territorial" para referirse a todos los casos de aplicación de la ley en el espacio (capítulo I del título dedicado a la ley penal). En el Proyecto de 1985 (agosto), se prefiere decir "aplicación espacial".

##### **b) Fundamento:**

El florecimiento del nacionalismo, durante el período de la Revolución Francesa y del Imperio, determinó la consagración en la legislación continental del principio territorial, como la regla fundamental para la determinación del dominio de aplicación de la ley penal (24).

La preeminencia del principio territorial en el derecho inglés tuvo otro origen. Este fue el sistema acusatorio, según el cual el jurado de acusación estaba autorizado para conocer únicamente lo que sucedía en su condado (25).

En el derecho continental y por lo tanto en el nuestro, el principio territorial tiene su fundamento en la soberanía estatal, de la cual es una manifestación la ley penal (26).

El primer deber del Estado, mencionado en la Constitución (art. 80), es el de "defender la soberanía nacional". En el dominio penal, el Estado trata de imponer un determinado orden para asegurar la protección de ciertos bienes que considera importantes. La violación de una de sus disposiciones es considerada como una desobediencia a su autoridad y cuya sanción sólo a él corresponde. La aplicación irrestricta de este principio, conduciría a desconocer todo hecho delictuoso cometido fuera del país y a no tener en cuenta los precedentes judiciales extranjeros (27).

### **c) Territorio:**

La extensión que se reconozca al principio territorial depende de la significación que se dé a "territorio" y de la manera como se determine el "lugar de comisión de la infracción".

El territorio es determinado de acuerdo al derecho público nacional y al derecho internacional (28). Generalmente, se admite que está constituido por la superficie del globo terrestre enmarcada por los límites políticos del Estado, el subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo que cubre el suelo y el mar territorial. Esta concepción ha sido expresamente aceptada en la Constitución de 1979. Según el art. 97, el territorio de la República comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre". En concordancia con esta definición, es de entender que debe comprenderse, en el art. 99 de la misma Constitución, el termino territorio en el sentido de suelo.

A este espacio, se refiere el legislador cuando en el art. 4 del Código Penal dice: territorio de la República, expresión usada con frecuencia en el Código; pero no siempre en otras normas legales. Pro ejemplo, en el D.S., del 10. de Agosto de 1947, referente al mar territorial, se estatuye que "la soberanía y la jurisdicción nacional se ejercerán también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional..." (art. 28). De esta manera se hace alusión, sin duda, sólo a la superficie terrestre, a la que también se designa con el término territorio (29).

En sentido amplio, se ha empleado - igualmente - la expresión territorio de la República (art. 10., inc. 1) o territorio nacional (art. 10., inc. 6), en el Proyecto de 1984 (octubre). Fuera de este espacio, queda el "extranjero" (art. 1, incs. 2 a 6).

En al Constitución de 1979, la denominación utilizada no es la de mar territorial. Se habla más bien de dominio marítimo del Estado. Según el art. 98, dicho dominio "comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde la línea de base que establece la ley". En este dominio, conforme la misma disposición, "el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República". Un acto de soberanía nacional es, sin ninguna duda, la aplicación de la ley penal a los actos delictuosos cometidos en embarcaciones que se encuentran en esta zona marítima.

El empleo de la expresión dominio territorial, en lugar de la de mar territorial, ha sido determinado por razones doctrinales y, en especial, por preocupaciones de política internacional. Esto se ha evidenciado en la discusión que ha tenido lugar en torno a la conveniencia o no de que el Perú suscriba el acta final de la convención del mar. La respuesta negativa del Gobierno ha sido inspirada por la noción estricta (física y normativa) de mar territorial (30).

La extensión del mar territorial ha sido señalada por el Estado peruano en 200 millas (art. 3 del D.S., del 1o de agosto de 1947). Extensión que no es reconocida por todos los países; pero sobre la cual es indispensable que ejerza soberanía y jurisdicción el Estado peruano para "reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo dicho mar se encuentran" (art. 2 del D.S. antes mencionado) (31). Los fines específicos que justifican la decisión peruana permiten, de otro lado, que admita un criterio distinto en relación con la represión penal. En el Tratado de Montevideo de Derecho penal internacional de 1889, se señala cinco millas (32). La noción de mar territorial "de una extensión de 200 millas ha sido reafirmada por el Perú, negándose a suscribir la Convención del mar, en la que se distingue una zona contigua que no debe superar las 24 millas y una zona territorial de 12 millas y una zona económica exclusiva hasta las 200 millas. Sobre la tercera se reconoce al Estado ribereño una soberanía modal o funcional (art. 3, 33 y 57).

En cuanto al espacio aéreo, el gobierno peruano declaró, mediante Resolución Suprema del 15 de noviembre de 1921, tener derecho absoluto sobre la parte que cubre su territorio y sus aguas territoriales (Reglamento de la Aviación civil y Comercial. Por Resolución Suprema del 17 de setiembre de 1936, se adhirió a la Convención Internacional de Navegación Aérea de París de 1919 (CINA), renovada en 1929 y 1933, en la que se reconocía tal derecho (33). En el art. 2 de la Ley de Aeronáutica Civil de 1965, se estatuye claramente que: "La República del Perú ejerce soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y aguas jurisdiccionales comprendidas dentro de las 200 millas".

En el Proyecto de código penal de 1985 (agosto), no se hace mención expresa del espacio aéreo. Esto es debido a la acepción amplia dada a la expresión territorio nacional. indirectamente, se alude a dicho espacio cuando se trata de los delitos cometidos a bordo de aeronaves en el extranjero; es decir, en el espacio aéreo no sometido a la soberanía del Estado peruano. Con claridad, se dice, en el art. 99 de la Constitución de 1979, que el "Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente...".

#### **d) Lugar de comisión de la infracción:**

La determinación del lugar de comisión de la infracción no presenta mayor dificultad cuando la acción y el resultado tienen lugar en un mismo sitio. Las dificultades aparecen cuando el elemento material de la infracción consiste en la ejecución de una actividad que puede desarrollarse en lugares diferentes, o en la producción de un resultado separado de la acción en el tiempo y en el espacio (34). En doctrina se denomina estos tipos de infracción: delitos a distancia y delitos de tránsito.

El problema ha tratado de ser resuelto mediante diversos criterios. algunos sostienen que el elemento determinante es la acción delictuosa, y consideran como lugar de comisión aquel donde aquella ha sido ejecutada (teoría de la acción). Al respecto es de considerar, según ellos, que en ese lugar es donde se manifiesta la voluntad criminal y en el que se encuentran, con mayor seguridad, las pruebas que facilitan el juzgamiento del delincuente (35).

Otros sostienen que debe considerarse el lugar donde se produce el resultado (teoría del resultado), ya que éste configura realmente la infracción y sólo su producción implica la lesión de un bien jurídico tutelado (36).

Por último, se afirma que ambos elementos son fundamentales por lo que se ha de considerar cometida la infracción tanto en el lugar donde el agente obró como en el que se dio el resultado (teoría de la ubicuidad).

Estas teorías no han proporcionado respuestas a las dudas existentes, y esto se debe a que es, asimismo, impreciso lo que significa "acción" y "resultado".

Ciertos autores comprenden como acción cualquiera de los elementos que conforman el iter criminis, y no sólo aquellos que constituyen elementos esenciales del tipo legal. De la misma manera, algunos tienen por "resultado" todo efecto producido por la acción delictuosa, y no sólo aquel señalado en el tipo legal (noción técnica). Este criterio es rechazado por los autores del proyecto de 1985 (agosto), pues distinguen entre producir "efectos" (art. 2, inc. 3) y producir el "resultado" (art. 4, in fine). Del criterio que se admita dependerá la amplitud con que aplique el principio aceptado (37).

En el art. 4 C.P. el legislador dice: "el que cometa una infracción ..." y en el art. 8 C.P.P. expresa: "el peruano que haya delinquirido ... o el extranjero que cometida un delito". Es claro que con estas expresiones, no quiere decir "infracciones consumadas". La amplitud de la expresión permite - por el contrario - pensar que se está comprendiendo a la acción y al resultado. Sin embargo, no se puede concluir de esta constatación que el legislador ha aceptado la teoría de la ubicuidad (38).

De haber querido adoptar este criterio lo hubiese podido hacer siguiendo el Proyecto suizo de 1918 que le sirvió de modelo; pero, parece que no lo hizo, porque tuvo en cuenta "los criterios del Tratado de Montevideo sobre dominio de aplicación de la ley" (39).

El principio de la ubicuidad es ampliamente consagrado en el Proyecto de 1985 (agosto). En su art. 4, se dispone que "se considera cometido el hecho punible en el lugar en que ocurrió la acción u omisión, en todo o en parte, así como donde se produjo o debería producirse el resultado". Esta norma constituye una versión resumida del art. 14 del Código Penal Tipo para Latinoamérica. A diferencia de éste, el Proyecto peruano no alude, expresamente, a los autores y partícipes, ni de manera separada y amplía al caso de acciones omisivas.

A pesar de la importancia que el legislador reconoce a los "efectos de la acción delictuosa" para determinar si la ley penal se aplica a las infracciones cometidas a bordo de aeronaves (40), no consideramos que esto obligue a la doctrina y a la jurisprudencia a aceptar la teoría del resultado como criterio principal, para interpretar las normas sobre aplicación de la ley penal. El silencio voluntario que el legislador ha guardado y la amplitud del texto del art. 4, permiten elegir otro. En nuestra opinión, es mejor recurrir al criterio de la ubicuidad, pero en sentido restringido. Si bien esto puede producir conflictos de competencia, permite una más efectiva represión. Estos conflictos pueden ser solucionados, mediante convenios internacionales, que es lo que se pretendió lograr, precisamente, mediante el Tratado de Montevideo.

Nos parece desaconsejable la concepción amplia del principio de la ubicuidad por las situaciones extremas y absurdas que resultarían. Así, en el caso de la carta injuriosa escrita en Rusia, y que después de días ha llegado a su destinatario en el Perú (41), tendría que admitirse que todos los países por cuyos territorios ha transitado la carta estarían facultados para reprimir y aplicar su ley. Por este motivo, predomina en la actualidad el criterio restringido de la comprensión de este principio (42).

De acuerdo con este principio, es de admitir que el lugar de comisión de una tentativa lo será tanto donde tuvo lugar la acción (comisiva u omisiva) como en el lugar donde, de acuerdo a la intención del agente, debería producirse el resultado (43). Este es el criterio aceptado en la última frase del art. 4 del Proyecto de 1985 (agosto).

Los actos de participación deben también ser considerados cometidos tanto en el lugar de la infracción principal, como donde son realizados. En este dominio, se admite, hoy en día, que en los casos en que el acto principal es cometido en el extranjero, la facultad represiva del Estado, en cuyo territorio se comete el acto de participación, debe ejercitarse sobre el partícipe, aun cuando la acción principal no sea considerada como delictuosa en donde se cometió (44).

La omisión de la referencia a los partícipes en el Proyecto de 1985 (art. 4), se explicaría si se da un contenido amplio a los términos acción o omisión. Es decir, no sólo las acciones típicas sino todo acto de participación criminal; por ejemplo, el acto del cómplice consistente en entregar el arma a quien, luego, mata a una persona. Para evitar estos problemas de participación, los autores del Código Penal Tipo, prefieren referirse a "la actividad delictuosa de autores y partícipes"; expresión de sentido, evidentemente, más amplio.

Para el caso de los delitos de tránsito, el Código Bustamante contiene una disposición especial. Se trata del art. 302: "Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al "derecho de soberanía local en el que el delito se haya consumado". Señalemos, primero, que nuevamente aquí se reconoce a la teoría del resultado cierta prioridad. En segundo lugar, es interesante destacar que esta regla no corresponde al criterio admitido, generalmente, en la doctrina europea. Según ésta, sólo el Estado en que se consuma la infracción debe en todos los casos reprimir toda la acción delictuosa, aun los actos cometidos en otros países y a pesar de que constituyen por sí solos otra infracción.

La referencia a la realización parcial de la acción, hecha en el art. 4 del Proyecto de 1985, da respuesta al problema del lugar de ejecución de los delitos de tránsito.

#### **e) Territorios flotantes, naves:**

Tradicionalmente, se ha admitido que las naves o aeronaves constituyen parte del territorio nacional (teoría de los territorios flotantes) (45). Esta ficción es, hoy en día, rechazada y fue siempre muy

criticada. Su admisión crea mucha confusión; pues, tendría que considerarse - en caso de nave - como territorio nacional la superficie de agua sobre la que navega, también la que la rodea y el espacio aéreo que la cubre. Aun cuando se afirme que la noción de territorio flotante no debe ser comprendida en un sentido naturalista sino jurídico, no deja de ser fuente de dificultades.

Es incorrecto estatuir, como se hace en el Proyecto de 1985 (agosto), art. 1, 2o, pf., que "se considera hecho punible cometido en el territorio de la República el perpetrado en el extranjero a bordo de una nave o aeronave ...". En la medida de lo posible, es de evitar, constantemente y sobre todo en derecho penal, el empleo de ficciones.

De lo que se trata es de reconocer que es necesario, debido a los caracteres propios de estos medios de transporte y el desarrollo que han alcanzado, establecer un tratamiento especial para los casos en que se cometan infracciones a bordo de ellos. Para lograrlo no es indispensable recurrir a la ficción de los territorios flotantes.

Tampoco es correcto pensar que de lo que se trata es de "determinar si el delito se tendrá por cometido en el interior o en el extranjero" (46). Lo que interesa más bien es fijar la conveniencia de que la ley penal nacional se aplique o no en tales casos. El texto del art. 4 C.P., dice "el que cometa una infracción en el territorio de la República o en buques nacionales ...". Esta distinción ya figuraba en el art. 2, incs. 1o. y 4o. del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal de 1863. De otra parte el art. 4 C.P. no dispone que la ley penal nacional se aplique a todo acto delictuoso que se cometa en las naves, como lo hubiera hecho si las consideraba territorio nacional. Sólo se aplica sin excepción la ley nacional - según la misma disposición - cuando la nave nacional se halle en alta mar. Tal cosa tampoco sucede en el caso de las naves de guerra, a las que se suele reconocer en derecho internacional una absoluta extraterritorialidad.

Sólo se aplicará la ley nacional a los autores de infracciones cometidas en naves de guerra mientras se hallan en aguas jurisdiccionales extranjeras, a condición de que pertenezcan a la tripulación o ejerzan algún cargo en el buque. En el caso de los barcos mercantes nacionales, el Estado peruano tampoco se atribuye la facultad de juzgar las infracciones que en ellos se cometan, mientras se encuentren en aguas jurisdiccionales ajenas. Se considera, por el contrario, competente para conocer los casos que suceden a bordo de barcos mercantes extranjeros que se hallen en aguas territoriales (47).

Lo que hace en realidad el legislador peruano es: primero, reafirmar la regla de que su ley penal se aplica siempre a todos los actos cometidos en su territorio (suelo, mar territorial, espacio aéreo); segundo, admitir la teoría del pabellón (48), para reprimir los actos cometidos en alta mar, en razón a que siendo esta zona marina "res nullius" ningún Estado tiene soberanía sobre él. Y, por último teniendo en cuenta las calidades especiales de los autores (tripulantes o empleados), sancionar algunos de los delitos que se cometan en barcos de guerra nacionales en aguas de los delitos que se cometan en barcos de guerra nacionales en aguas de ajena jurisdicción. Nuestro legislador es consecuente con el criterio que le sirve de punto de partida (principio territorial), cuando deja en manos de los otros Estados la represión de las demás infracciones y manos de los otros Estados la represión de las demás infracciones y de las que se cometan en los barcos mercantes nacionales que se hallen en sus aguas territoriales. Además, debe tenerse en cuenta que el Estado peruano puede invocar cualquiera de los otros principios (real o de defensa, personalidad activa o pasiva, universal) para reprimir algunas de las infracciones que se cometan en barcos nacionales que se hallen en mar territorial extranjero.

La imprecisión de los conceptos manejados e, igualmente, con respecto a los fines de las normas que analizamos, es la causa de la volubilidad, diversidad de fórmulas utilizadas en los últimos proyectos nacionales de código penal. De manera incompleta, se hacía referencia, en el Proyecto de 1984 (octubre), art. 2, pf 5o, sólo a las naves privadas. Se preveía la aplicación de la ley nacional a los autores de delitos cometidos, en el extranjero, a bordo de dichas naves; salvo cuando hayan sido juzgados.

En el Proyecto de 1985 (agosto), se propone una solución más completa; pero excesivamente amplia. Se dispone la aplicación de la ley nacional en las mismas condiciones del principio territorial: los hechos cometidos a bordo de una nave, en el extranjero, son considerados cometidos en territorio

nacional. Si se trata de una nave pública, esta regla se aplica aun cuando ésta se encuentre en aguas jurisdiccionales extranjeras. Por el contrario, en caso de nave privada la regla funciona sólo si se halla en alta mar. Este reconocimiento de la jurisdicción del estado ribereño para aplicar su ley a las infracciones cometidas a bordo de naves privadas peruanas que surcan sus aguas territoriales, supone que el Estado peruano se irroga la potestad de aplicar su ley a las responsables de delitos realizados a bordo de naves extranjeras que se encuentran en aguas territoriales del Perú.

Este criterio, estatuido también en la legislación vigente, nos parece incorrecto y no conforme a la orientación preponderante en la legislación extranjera. No resulta clara la manera como se reafirmaría la soberanía nacional declarando la aplicación de la ley nacional a un crimen de lesiones cometido, a bordo de una nave mercante panameña, por un marinero griego en agravio de un libio. Tampoco es evidente el perjuicio que sufriría la soberanía nacional si no se afirma su competencia para reprimirlo conforme la ley peruana. Más racional y práctico es limitar la aplicación de la ley nacional a las infracciones, cometidas a bordo de naves extranjeras que se hallan en aguas peruanas, que por sus efectos se relacionan con intereses peruanos. En la Convención sobre el Derecho del Mar, art. 27, se señalan los casos siguientes: primero, cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; o sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en le mar territorial; segundo, cuando el capitán o un agente diplomático del Estado del pabellón de la aeronave haya solicitado asistencia a las autoridades locales; tercero, si es necesario para la represión del tráfico de drogas (otro ejemplo es la fórmula empleada en la Ley de Aeronáutica civil, art. 5) (49).

#### **f) Aeronaves:**

Las diferencias que existen entre la circulación aérea y la marítima han determinado que los problemas que surgen por la comisión de un delito a bordo de una aeronave no pueden ser resueltos de manera idéntica en todos los aspectos (50). La efectiva aplicación del principio territorial, por ejemplo, es poco practicable por la imposibilidad o gran dificultad que existe en ciertas circunstancias para saber en qué espacio aéreo se encontraba la aeronave al cometerse el delito; como por el hecho que las aeronaves sobrevuelan zonas en donde nadie ejerce soberanía y, por último, a que el Estado al que pertenece el espacio aéreo se desinteresa con frecuencia a ejercer su soberanía (51). Por esto, consideramos correcto que el legislador haya establecido, en la Ley de Aeronáutica Civil, el principio de la nacionalidad de la aeronave. Regla que, además, es generalmente admitida en la actualidad (52).

Según el art. 5 de dicha ley "se someterán también a las leyes del Perú y serán juzgados por sus tribunales, los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana en los siguientes casos: 1.- Cuando el vuelo se efectúa sobre alta mar o en espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado; 2.- Durante el vuelo sobre territorio extranjero, excepto en aquellos casos en que se sesione la seguridad o el orden público del Estado subyacente, o se cause daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie de dicho Estado". En el art. 6, se estatuye que "los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano, se regirán por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, en que se aplicará la ley peruana: 1.- Cuando tales actos o hechos lesionan la seguridad del Estado o el orden público del Perú; 2.- Cuando como consecuencia de tales actos o hechos se causen daños a las personas o a los bienes de terceros en territorio peruano; y 3.- cuando se trate de un delito, y se hubiera realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión, excepto en el caso de pedido de extradición" (53).

Debemos destacar, en primer lugar el carácter general de estas disposiciones. Y se refieren no sólo a los delitos cometidos a bordo, sino también a hechos ocurridos y actos realizados. Es decir, que comprenden igualmente, por ejemplo, los actos civiles que se lleven a cabo a bordo; las violaciones que cometan los pasajeros a los reglamentos internos de la aeronave, y los actos de indisciplina realizados por los miembros del equipaje (54).

En segundo lugar, el legislador trata de hechos o actos sucedidos a bordo de una aeronave y durante el vuelo. Por lo que - contrario sensu - se debe deducir que la ley nacional se aplicará siempre que los actos sean cometidos cuando se hallen en aeropuerto nacional, según el principio territorial (55).



En doctrina y en las convenciones internacionales, se ha tratado de fijar desde qué momento se considera que la aeronave se encuentra en vuelo. Según la Convención de Tokio, una aeronave está en vuelo desde el momento en que "la fuerza motriz es empleada para despegar hasta el momento en que el aterrizaje ha terminado". Esta regla aparece ya en el art. 1, inc. 21, de la convención internacional de Roma de 1952 y en el anexo 6 de la Convención de Chicago de 1944 (56).

Teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, tampoco es necesario distinguir - como se hace en doctrina - entre delitos cometidos mediante aeronaves y los ejecutados a bordo de aeronaves. Un ejemplo de los primeros, puede ser el "impedir o perturbar, intencionalmente, la circulación pública" por el aire, sobrevolando en aeronave un aeropuerto (delito contra las comunicaciones públicas, art. 268 C.P.). En este caso, es evidente que se aplicará la ley nacional en virtud del principio territorial.

En tercer lugar, subrayemos que las reglas de la Ley de aeronáutica Civil se refieren sólo a aeronaves civiles peruanas o extranjeras; y no a aeronaves públicas. El art. 332 del Código de Justicia Militar (D.L. 23214 del 28 de julio de 1980) estatuye la competencia de los tribunales militares nacionales sobre infracciones cometidas en alta mar o a bordo de aeronaves peruanas.

Son aeronaves públicas peruanas las militares y las destinadas exclusivamente al servicio del poder público, tales como: correos, aduanas y policía. Todas las otras aeronaves serán reputadas aeronaves civiles peruanas (art. 19 de la Ley de Aeronáutica Civil). La nacionalidad de estas últimas está determinada por su inscripción en el Registro Público de aeronaves del Perú (57).

De lo expuesto parecería que las aeronaves del Estado destinadas exclusivamente al servicio de correos estarían fuera del régimen establecido por la Ley de Aeronáutica Civil. Sin embargo en esta misma ley se estatuye que "las aeronaves del Estado, distintas de las aeronaves militares, de aduana o de policía, serán tratadas como aeronaves civiles y estarán sometidas a las disposiciones de presente ley" (58).

En el Código Bustamante se emplea una terminología semejante a la del Código Penal. Se hace referencia a "aeronaves de guerra y "aeronaves mercantes" y se establece la regla de la nacionalidad de la aeronave para ambos casos (arts. 300 y 301); limitando su aplicación en relación a las "mercantes" a los casos en que las infracciones tengan "relación con el país y sus habitantes (o) perturban su tranquilidad" (art. 301, in fine).

Las reglas de la Ley de Aeronáutica Civil son más precisas sobre este punto. Tanto en el art. 5 como en el 6 de enumeran las condiciones que deben presentarse:

- daños a la seguridad o al orden público; y
- daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie del Estado.

El art. 6 pf. 3o., señala además otro caso en que se aplicará la ley nacional a los delitos cometidos en aeronaves extranjeras que sobrevuelan el territorio nacional, "si hubiera la aeronave realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión" (59).

De este somero análisis de las disposiciones de la Ley de Aeronáutica Civil es de concluir, que la regla fundamental - a diferencia de lo que sucede con las naves en que predomina el principio territorial - es de que se aplica el principio de la nacionalidad de las aeronaves civiles; conforme al cual se someterá a los agentes de infracciones cometidas a bordo de la aeronave civil a la ley del Estado en donde ésta está inscrita. Sólo en las situaciones especiales enumeradas por la ley, se aplicará por excepción la ley del Estado en cuyo espacio aéreo vuela la aeronave.

En el Proyecto de 1985 (agosto), la misma regla es aplicada a las naves y aeronaves; ignorándose así las normas con las admitidas en las convenciones internacionales. Debe, por el contrario, perfeccionarse tales normas y tratar de aplicarlas al caso de las naves para limitar, prudencialmente, la intervención de los órganos jurisdiccionales peruanos y la aplicación de la ley penal nacional.

#### **46. El principio real o de defensa adoptando la sistemática de los proyectos suizos de 1916 y 1918.-**

##### **a) Noción y fundamento:**

Este principio significa que la ley penal nacional se aplica al agente que en el extranjero comete un atentado contra un bien jurídico, cuyo titular es el Estado o uno de sus súbditos (60).

En doctrina y en la legislación, se tratan separadamente estos dos casos; hablándose de principio de la personalidad pasiva cuando el acto atenta contra bienes de nacionales particulares. Así lo hizo nuestro legislador. Por esta razón, nos ocuparemos más adelante del principio de la personalidad pasiva.

Tradicionalmente, se justifica el principio real o de defensa por el derecho que tiene el Estado de recurrir a la legítima defensa frente a los ataques de que es víctima (61).

Si bien es cierto que la idea es correcta en cuanto implica que el Estado trata de protegerse y de conservar su integridad y estabilidad. No es menos cierto, también, que es innecesario utilizar una expresión - como la de legítima defensa - que tiene una significación precisa en derecho penal.

El Estado se irroga la potestad de reprimir - aun cuando han sido cometidos fuera de su territorio - los atentados que se dirijan contra él, debido a que teme - fundamentalmente - que el Estado en que actúa el delincuente no persiga y castigue con la oportunidad y severidad requeridas este tipo de infracciones. Dicho Estado en que actúa el delincuente no persiga y castigue con la oportunidad y severidad requeridas este tipo de infracciones. Dicho Estado puede estar interesado en que tengan lugar dichos actos o puede penarlos con sanciones leves (62).

Todo atentado contra el Estado cometido en el extranjero no justifica la intervención del estado. No debe olvidarse que este principio no tiene la función de regla principal en nuestro sistema penal (63).

##### **b) Casos en que se aplica:**

Las limitaciones a este principio son establecidas en la misma ley y consisten en la determinación de las infracciones que darán lugar a su aplicación. Con este objeto, se recurre al empleo de una fórmula casuística o de una general. Un ejemplo de esta última lo constituye el art. 3 del capítulo 11 del Código Penal sueco de 1962. Y es un ejemplo extremo de la primera, el art. 12, inc. 4o., del Código noruego de 1902 (64).

Nuestro legislador utiliza en el art. 5, inc. 1o., la fórmula casuística y señala las siguientes infracciones: a) piratería (título III de la sección séptima del Código Penal); b) traición a la patria y atentados contra la seguridad militar (título I de la sección novena) y c) falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales (título II de la sección decimoquinta).

Las disposiciones extranjeras que parece sirvieron de modelo a nuestro legislador son el art. 4 del Anteproyecto suizo de 1916 y el art. 4 del Código Penal holandés de 1881. En el Anteproyecto suizo se indican los delitos contra el Estado y la defensa nacional, agrupados en su capítulo décimo tercero bajo esta misma denominación. El legislador peruano se refiere por el contrario, a traición y atentados contra la seguridad militar. Estas infracciones no corresponden totalmente a las comprendidas en el modelo helvético (65).

De esta manera nuestro legislador restringió los alcances del art. 9 del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, que aludía a los delitos contra la seguridad del Estado (66); fórmula que fue retomada por nuestro legislador al elaborar el art. 7 C.P.P. Aquí, necesariamente, debemos consignar que el uso de esta expresión está en desacuerdo con la terminología empleada en la parte especial el Código; y, ninguno de sus títulos o secciones es designado de esa manera.

La sección novena, a cuyo título primero se refiere el art. 5 C.P., se denomina delitos contra el Estado y la defensa nacional. De este modo podría pensarse que los delitos previstos en ella constituyen los

delitos contra la seguridad del Estado. Y, este criterio ha sido aceptado por Guzmán **Ferrer** al establecer las concordancias del art. 7 C.P.P.

Sin embargo creemos que esta interpretación es factible además de una seria objeción ya que en algunas disposiciones contenidas en la sección novena, se considera como elemento material del tipo legal el que la acción debe tener lugar "en territorio peruano" (arts. 298 y 301) y otras lo presuponen implícitamente (art. 296) (67). Ante esta imprecisión del legislador será necesario analizar cada caso en particular.

La influencia holandesa en la disposición materia del análisis, se revela en la referencia al delito de falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales y al delito de piratería. Los artículos 9 y 2 de los Códigos procesales de 1920 y 1863, ya se referían a la primera infracción, pero sin utilizar del todo la misma nomenclatura (68). El legislador al elaborar el artículo 7 C.P.P. recurrió a la expresión utilizada en el Código procesal que derogaba: delitos de "falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales". La mención a estos documentos nacionales no figura en la disposición sustantiva. De aplicarse ésta no sería posible reprimir por ejemplo, la falsificación de un pasaporte peruano (documento nacional). La norma adjetiva es más amplia en este punto; pero - por el contrario - no menciona la falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales.

La piratería ha sido, tradicionalmente, considerada como un delito internacional y reprimida en virtud del principio universal (69). sin embargo, aquí el legislador peruano la ha estimado como un ataque directo contra los intereses del Estado; como se revela del hecho que la equipara a los actos contra la seguridad estatal y la economía nacional.

En el contexto del sistema peruano es irrelevante discutir si se persigue la piratería y la falsificación de la moneda en virtud del principio real o del universal. Esto, porque mediante el primero - a diferencia de lo que se reconoce en la legislación y doctrinas extranjeras - el Estado peruano no se atribuye una facultad represiva de carácter exclusivo (70).

En relación al principio real o de defensa la diferencia fundamental que existe entre el p.º 1o. del art. 5 C.P., y el art. 7 C.P.P. radica en que según esta disposición el principio real sirve para justificar la aplicación de la ley penal cuando el agente es un extranjero; circunstancia a la que, correctamente, no se refiere el Código Penal. Además es de señalar que a diferencia de la norma sustantiva, el art. 7 C.P.P., requiere que el delincuente sea detenido en el Perú o que se obtenga su extradición, de modo que no podría ser perseguido y juzgado estando ausente (71).

Pero, para que se pueda comprender cabalmente los alcances del art. 5 C.P., respecto al principio real o de defensa, deberemos considerar que de acuerdo al art. 6 C.P., el delincuente ya no será perseguido cuando la acción penal se halle extinguida conforme a la legislación nacional o a la del Estado en donde se cometió la infracción; cuando se trate de delitos políticos-sociales o cuando el acusado haya sido absuelto en país extraños; o, condenado, haya cumplido la pena, o, ésta se hallare prescrita o le hubiera sido remitida. Es decir, que podrá ser perseguido el delincuente, fuera de estos casos en que no haya sido procesado en el extranjero, sólo, cuando no ha cumplido totalmente la pena que se le hubiese impuesto. En este caso, se renovará el juicio ante los tribunales de la República y se computará la parte de pena cumplida.

Creemos conveniente anotar que la técnica empleada en la redacción de esta disposición, aplicable también en relación con los otros principios, recuerda mucho a la del art. 8 del Proyecto suizo de 1918 y a la del art. 7 del Código Penal italiano de 1889, que se refiere también a los delitos políticos. Sin embargo, el Proyecto helvético y el derogado Código italiano no estatúan impedimento alguno para que el Estado persiguiera, de nuevo, en virtud del principio real o de defensa, al delincuente ya sancionado en el extranjero por un atentado contra el estado. Sólo en el Código Penal holandés se admite una concepción tan liberal como la del Código peruano (72).

La excepción en favor de los delitos políticos-sociales (73) anula, prácticamente, la aplicación del Principio real. No sólo en relación a los delitos "contra la seguridad del Estado" que son objetivamente delitos políticos (según el bien jurídico violado), sino también a los delitos comunes cometidos con fines políticos; según el criterio subjetivo, aceptado generalmente entre nosotros. Sin embargo, es de

tener en consideración que conforme a la nueva Constitución, art. 109, pf. 2, no se consideran como delitos políticos "los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio".

La regulación del principio real o de defensa, como la referente a los demás, requiere ser simplificada y mejorada. La propuesta formulada en el Proyecto 1985 (agosto) esta muy lejos de ser la mejor. No se han tenido en cuenta los vicios de las normas vigentes y, sobre todo, se ha considerado, equivocadamente, necesaria la ampliación de su campo de aplicación.

La razón de ser del principio real o de defensa es la protección del Estado. Si se da a este criterio un sentido demasiado amplio, el resultado será que se comprenderán demasiados delitos cometidos en el extranjero y, en consecuencia, el principio de defensa crecerá desmesuradamente en relación con el de la territorialidad (pivote principal del sistema). Este riesgo existe en la enumeración de infracciones realizada en los incisos 2 y 3 del art. 2 del mencionado Proyecto.

Formalmente, es de señalar que los autores del Proyecto evitan el error, cometido en el Proyecto de 1984 (octubre), de no utilizar, al enumerar las infracciones comprendidas por el principio real, la nomenclatura empleada después en la parte especial.

Una objeción que merece formularse está en relación con el inciso 3 del art. 2 del Proyecto de 1985 (agosto). Para proteger al Estado (objeto del principio real) se considera necesario mencionar los delitos contra la tranquilidad pública (acción decimaprimeras). Esta finalidad sería alcanzada al exigirse que el autor obre con la finalidad que los efectos de su comportamiento se produzcan en el territorio de la República.

Dejando de lado la incorrección con que ciertos actos son calificados de atentados contra la tranquilidad pública, es de señalar, primero, la imprecisión del término "efectos". Parece dársele un significado más amplio que el de resultado (vocablo utilizado para definir el lugar de comisión de la infracción, art. 4). Segundo, es de destacar que aparece, según el texto propuesto, suficiente que el autor actúe con el fin de preservar la tranquilidad pública; se trata pues de un elemento de naturaleza subjetiva.

En último lugar, señalamos que el proyecto resulta incongruente en la medida que excluye la aplicación de la ley nacional cuando se dé la prescripción de la acción, se trate de delitos político-sociales o el responsable haya sido absuelto o haya cumplido con la condena impuesta en el extranjero. La protección del Estado reforzada por la desconfianza frente a la eficacia de la acción represora del Estado extranjero, donde tiene lugar el delito, resulta así desvirtuada. Por ejemplo, los delitos contra los poderes del Estado son, en general, delitos políticos, ya sea porque los móviles del autor son de esta naturaleza o porque el bien jurídico es político. En consecuencia, no sería de reprimir al que lo comete en el extranjero. De esta manera, no se logra superar el error en que incurrió el legislador de 1924.

#### **47. Principio de la personalidad pasiva.-**

De acuerdo a este principio la ley penal nacional es aplicable a los delitos cometidos - fuera de territorio nacional - en agravio de un nacional. El art. 5, inc. 3o., C.P., lo regula en este sentido. En el Código de Procedimientos Penales no existe disposición que a él se refiera. Sin embargo, es de tener en cuenta que su art. 6 lo modifica indirectamente, en el sentido de que será útil invocarlo sólo para los casos en que el delincuente sea un extranjero, ya que si es un nacional será de recurrir - según la disposición procesal mencionada - al principio de la personalidad activa (74).

Como se sabe **Binding** vio en este principio un aspecto del principio real o de defensa y estimó que su fundamento residía en la afirmación de la soberanía estatal y en la necesidad de procurar a los nacionales una amplia protección (75). sin embargo, este criterio no puede ser admitido en la actualidad, debido a que ha sido superada la concepción de nacionalidad en que se basa. Y para algunos autores su admisión representa un atentado contra la facultad jurisdiccional de los otros Estados (76).

Siguiendo el criterio propuesto por la comisión chilena, los autores del C.P.T., consideraron innecesaria su incorporación. Este criterio fue seguido por los autores del Proyecto de 1984 (octubre). El mismo que ya fuera aceptado por el legislador al elaborar el Código adjetivo. Pero ha sido abandonado en el Proyecto de 1985 (agosto) y, por el contrario, se le ha consagrado de manera muy amplia. Según el inc. 4 del art. 2, la ley nacional se aplica a "todo delito", perpetrado, en el extranjero, "contra peruanos".

En la doctrina, el criterio aún predominante afirma que es necesaria su aplicación de manera limitada, debido a que el nacional no es siempre protegido de manera suficiente en el extranjero. Es decir, que sirve para hacer más efectiva su protección (77), e implica una desconfianza en relación con el derecho penal extranjero. Al respecto, **Stooss** explicó que si el Estado extranjero no garantizaba la protección penal, debido a un vacío en su legislación, a la dejadez de las autoridades u otras razones, debería ser aplicada la ley nacional (78).

A estas consideraciones se debe que cuando se le incorporó en las legislaciones, se le atribuyó un rol subsidiario. Nuestro legislador aceptó este criterio siguiendo el Anteproyecto suizo de 1916, cuyo punto de partida fue el Proyecto elaborado precisamente por **Stooss** en 1894.

Siguiendo la fórmula suiza (art. 6 del Anteproyecto de 1916), nuestro legislador ha establecido las siguientes condiciones: a) autor extranjero; b) víctima de nacionalidad peruana; c) infracción punible tanto por la ley nacional como por la ley del Estado en que se ha cometido; d) que la infracción pueda dar lugar a la extradición; e) que el delincuente entre en la República y f) que no se disponga su extradición.

El término extranjero utilizado para caracterizar al agente debe ser comprendido en el sentido de "no nacional"; es decir, que se hace referencia tanto al miembro de otro Estado como al apátrida.

El carácter subsidiario del principio de la personalidad pasiva es evidente por cuanto el legislador ha dado preferencia a la extradición del delincuente. Sólo en el caso que el Estado en cuyo territorio se cometió la infracción se desinterese de perseguir al delincuente, el Estado peruano lo juzgará y condenará conforme a su legislación.

#### **48. Principio de la personalidad activa.-**

##### **a) Noción y fundamento:**

Conforme a este principio se aplicará la ley penal nacional a todo nacional que hubiese cometido una infracción fuera del territorio de la República. Debido a las modificaciones introducidas por el legislador, mediante el Código de Procedimientos Penales, el principio de la personalidad activa es la regla más importante - después del principio territorial - entre las que norman el dominio de la aplicación de la ley penal. Este es, igualmente, el criterio incorporado en el Proyecto de 1985 (agosto). En su art. 1, lo regula junto con el principio de la territorialidad. Lo hace de una manera amplia y con la única condición que el acto sea también "calificado de delito por la ley peruana". La equiparidad con el principio territorial es acentuada al declararse que el Estado peruano reprimirá al nacional aun cuando sólo cometa una contravención; puesto que el texto dice "todo hecho punible" y no sólo a "todo delito" como la estatuye en relación con el principio de la personalidad pasiva.

En el sistema original del Código Penal, antes de las modificaciones introducidas mediante el Código de Procedimientos Penales, era más bien el principio real o de defensa. Las exigencias requeridas para la aplicación de este último, son mayores que para la del principio que ahora estudiamos (79).

En Europa continental, la mayor parte de los códigos penales elaborados entre 1810 y 1850 incorporaron en sus disposiciones, con carácter subsidiario, el principio de la personalidad activa. Como excepción hasta hace poco, constituía el eje de los sistemas austríaco y alemán. En esta forma extrema es la expresión de un acentuado nacionalismo o de una fuerte voluntad política (80).

Se trata de una particular concepción del Estado, cuyos sostenedores dejan de lado su elemento material o territorial y lo presentan, sobre todo, como un grupo de personas sometidas a una

autoridad común. Donnedieu **de Vabres** describe correctamente este criterio de la siguiente manera: "La ley es el instrumento de esta voluntad soberana. El juez es el instrumento de esta voluntad. De la vinculación de estas proposiciones, se deduce que la ley sigue a los súbditos del Estado cuando habitan fuera de su territorio y celebran contratos o cometen delitos; y, que los jueces del Estado son aptos para conocer de todos estos casos" (81).

De esta manera los súbditos de un Estado tendrían un deber de lealtad en relación al derecho de su país. Algunos autores y legisladores llegan a admitir que éste debe persistir aun cuando en el lugar donde actúe el nacional no sea considerado su comportamiento como delictuoso (82). Hoy en día, este criterio es generalmente rechazado. En Alemania, se afirma que "se trata de una parte de la camisa de fuerza ideológica con la que el nacional-socialismo quiso someter a las personas desde la cuna hasta la tumba" y que hoy en día debe más bien exigirse el derecho a vivir en una sociedad de acuerdo a las costumbres y leyes en ella vigentes" (83).

También se ha tratado de justificar la admisión del principio de la personalidad activa en el hecho de que la aplicación de la ley nacional significa un reforzamiento del derecho nacional y de los valores que protege. Todas estas razones son vagas y conducen a aplicar indiscriminadamente, la ley nacional a actos cometidos en el extranjero.

En doctrina penal moderna se admite con más frecuencia una razón práctica y más precisa. Se trata de impedir que el delincuente permanezca impune. De acuerdo a nuestro orden jurídico, este riesgo existe por la no admisión de la extradición en caso de nacionales (de nacimiento o naturalizados) (84).

De esta manera, el principio de la personalidad activa vendría a ser la contrapartida de esta prohibición. Lo que se halla confirmado por lo dispuesto en el art. 6 de la Ley de extradición de 1888. Según esta disposición los nacionales (por nacimiento o naturalización) cuya extradición es improcedente podrán ser juzgados y castigados conforme a las leyes de la República (85).

**Grützner** sostiene que esta razón práctica es suficiente para aceptar tal principio en una futura Convención europea sobre la unificación de disposiciones concernientes a la jurisdicción. Oehler, por el contrario, rechaza esta opinión y cree que el fundamento lo da el simple hecho de que el delincuente no ha sido castigado en el extranjero. Según él, las normas del lugar determinan primariamente la conducta de los individuos; pero, su violación hace que las normas nacionales abarquen su comportamiento (86). Como lo hemos dejado entender líneas arriba, consideramos que el principio de la personalidad activa es un correctivo a la regla de la no extradición de nacionales.

Esta función del principio de la personalidad activa impide que el país natal se convierta en asilo de delincuentes; con lo que adquiere una gran importancia en la política criminal de un país.

Las condiciones que estableció el legislador con respecto a la personalidad activa fueron: a) agente de nacionalidad peruana; b) infracción que pueda dar lugar - según la ley peruana - a extradición; c) que la ley del lugar de comisión considere el comportamiento también como punible; d) que el agente entre en la República (art. 5, inc. 2. C.P.).

En el art. 6 C.P.P., se ha omitido señalar la segunda de las condiciones mencionadas. El hecho de que no se señale que la infracción dé lugar a extradición, no significa que pierda este principio su función de correctivo a la regla de la no extradición de nacionales.

Lo importante de esta omisión reside en que deja abierta la posibilidad para que se reprima al nacional aun por infracciones leves. Cosa que no podía suceder conforme al texto original del art. 5, inc. 2, C.P. en concordancia con el art. 6 de la Ley de extradición de 1888 (87). De modo que la disposición procesal no sólo "ratifica" lo dispuesto en el Código Penal sino que aporta una modificación importante.

#### **b) Agente nacional:**

El elemento de la situación, creada en el extranjero y que permite al Estado considerarse autorizado a intervenir, es la nacionalidad del agente. Es decir, "el vínculo de carácter político y jurídico que liga a una persona con un Estado determinado" (88). La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona (art. 2, inc. 9 de la Constitución). Nadie puede ser despojado de ella. En el título II, capítulo II de la Carta fundamental (arts. 89-94), se regulan los diferentes casos en que una persona adquiere la nacionalidad peruana: jus solis, jus sangüis, naturalización, doble nacionalidad y matrimonio. Todos estos casos están comprendidos en el art. 6 C.P.P. y en el art. 5, inc. 2 C.P., cuando en ellos se hace referencia a "peruano" y "nacional", respectivamente.

Del texto de ambas disposiciones se desprende, en primer lugar, que la nacionalidad del agente que ha de tenerse en cuenta es aquella que poseía en el momento de cometer la infracción. Este criterio es asimismo admitido en la ley de extradición, al establecer la improcedencia de la extradición: "cuando el individuo reclamado hubiese sido ciudadano peruano por nacimiento o naturalizado, antes del hecho que motive la solicitud de extradición". (art. 3, inc. 1o.).

La un tanto defectuosa redacción del texto puede hacer pensar de que bastaría que haya sido peruano antes de cometer la infracción y no al momento de actuar. Lo que en realidad trata de destacar es que su nacionalidad date de fecha anterior a la comisión de la infracción. Lo que está en armonía con los fundamentos de tal prohibición.

En esta primera hipótesis, se considera el caso de quien no modifica su nacionalidad peruana.

Si luego de delinquir en el extranjero, el peruano deja de serlo podría ser entregado al extranjero. Si esto no ocurre, surge el problema de saber si aun podría invocarse el principio de la personalidad activa en razón de que, al momento de actuar, tenía nuestra nacionalidad.

En caso que el responsable haya, después de haber delinquir, devenido peruano no podría ser aceptada su extradición; pero deberá ser reprimido en el Perú. De manera general el Código Bustamante (1928), especifica que "los Estados contratantes no está obligados a entregar a uno de sus nacionales" (art. 345). De manera correcta, se tiene en cuenta en esta regla el momento de entrega y no el de la comisión del delito. Esta regla concuerda con el segundo párrafo del inciso 2 del art. 5 del C.P. que dispone la aplicación de la ley nacional - en virtud del principio de la personalidad activa - a "los perpetración del hecho punible". Como el Código de Procedimientos Penales no estatuye nada sobre el particular, es de considerar que esta regla sustantiva se halla vigente (89).

La fuente legislativa de esta disposición es el Código holandés. El Código griego norma - expresamente - ambos casos: nacional en el momento de actuar y adquisición de nacionalidad después de delinquir (art. 6, inc. 2). En algunos códigos se llega a considerar sometidos a la ley nacional, en virtud del principio de la personalidad activa, a los extranjeros residentes en el país (90).

Aparece, pues, como relevante la existencia del vínculo de la nacionalidad en el momento en que se inicia la acción represiva (91). Esta es una nueva razón para rechazar - como lo hemos hecho anteriormente - el criterio de que el principio de la personalidad activa se fundamenta en la existencia de un deber de lealtad o una particular concepción del Estado o del nacionalismo.

### **c) Identidad de normas:**

Debido a que el Estado ejerce su derecho a castigar a título de representación de otro Estado (en cuyo territorio se cometió la infracción, ha sido correcto que establezca como condición la regla de la denominada identidad de las normas (92).

Es decir que es necesario para la aplicación del principio de la personalidad activa que el comportamiento sea considerado delictuoso y su autor merecedor de una pena tanto por la ley nacional como por la del país en que tuvo lugar.

La disposición del Código Penal peruano dice: "siempre que fueren punibles también en el Estado en que se hubiese perpetrado". Esta expresión, proveniente de los proyectos suizos y que se halla en el Código helvético vigente, ha permitido considerar que no basta determinar si ambas leyes han

previsto el acto como delito, sino que es decisivo precisar si es punible según el conjunto de disposiciones que son aplicables al caso, entre ellas las referentes la prescripción y a la acción penal. Así no podría ser perseguido penalmente un nacional por un acto cometido en el extranjero si no lo ha denunciado la parte agraviada, a pesar de que esto lo exija la ley extranjera y no la nacional. La razón de esta interpretación es lograr que el agente no sea tratado más severamente de lo que pudo serlo en el Estado donde cometió la infracción (93).

De acuerdo al art. 6 C.P.P., se requiere que "el agente haya cometido un delito penado por la ley nacional y por la del país en que se perpetró"; su fuente de inspiración fue la legislación francesa (94). Parecería suficiente comprobar que ambas leyes contienen disposiciones que reprimen el acto como delictuoso.

Del conjunto de disposiciones peruanas, se deduce que no basta que el acto sea considerado delictuoso en ambas legislaciones. Así, por ejemplo, el art. 6 inc. 1o., estatuye que no se aplicará el principio de la personalidad activa y tampoco el real o de defensa y el de la personalidad pasiva, si "la acción penal se halla extinguida conforme a una u otra legislación y el art. 1 de la Ley de extradición requiere que el agente haya sido "acusado o condenado por los tribunales de la nación requeriente". Con igual razón, se debe exigir que tratándose de delitos perseguidos por la acción privada - sólo según la ley extranjera - se cumpla con este requisito formal para aplicar la ley nacional. El Estado peruano no puede tratar más severamente a sus súbditos que el Estado extranjero en cuyo territorio se cometió la infracción. La aceptación de este criterio presupone admitir que la aplicación de la ley no se realiza en abstracto, sino teniendo en cuenta las características de cada caso. No se podría - sin contradecir los fundamentos de nuestra legislación perseguir - penalmente en el país a alguien que ha cometido, en país extranjero, una acción delictuosa en circunstancias que justifican su comportamiento, según la ley de ese país.

Algunos autores son partidarios de que se limite la aplicación de la identidad de reglas a los casos de aquellos nacionales que hayan residido bastante tiempo en el país extranjero y que, por tanto, se hayan familiarizado con las costumbres y hábitos vigentes allí. No debiéndose tener en cuenta para los que van al país extranjero para cometer actos delictuosos previstos sólo en su ley nacional (95). Quienes sostienen este criterio, tienen presente algunos casos como, por ejemplo, el del delito de aborto. habiendo sido descriminalizado este comportamiento en algunos países europeos, muchas mujeres - de países que siguen considerándolo delictuoso - traspasaron la frontera con el sólo fin de hacerse abortar (96).

Nuestra legislación no contempla el caso en que el nacional cometiese el acto delictuoso en territorio no sometido a soberanía alguna; como por ejemplo, durante la realización de una exploración en la Antártida. Este acto quedaría impune debido a que no se daría la condición de la "identidad de reglas" (97).

#### **d) Entrar en la República:**

Tanto en el Código Penal como en el de procedimientos penales (arts. 5 y 6, respectivamente), se prevé que el delincuente se encuentre en territorio nacional. La norma sustantiva dice: "entrare de cualquier manera en la República" y la procesal: "a su regreso al Perú". El juzgamiento en ausencia está excluido, al menos, cuando el proceso comprende un sólo inculpado. El art. 233, inc. 10 de la Constitución estatuye la garantía de no poder ser condenado en ausencia". En caso de un proceso con dos o más inculpados, el ausente puede ser juzgado (por permitirlo la ley procesal) y absuelto (por no prohibirlo la Constitución) (98). Las disposiciones legales analizadas parecen suponer el regreso voluntario del procesado, quien aceptaría así someterse a la autoridad judicial nacional. Sin embargo, no existen razones valederas para que escape a la represión cuando reingresa por una causa de fuerza mayor o debido al azar; por ejemplo, por ser desviada la nave en que viaja hacia un aeropuerto nacional (99). Lo que sí está excluido es que el responsable sea obligado - ilegalmente - a retornar al país para ser juzgado (secuestro).

#### **e) Factibilidad de extradición:**

El art. 5, inc. 2o. C.P. consideraba, además de las condiciones hasta ahora estudiadas, que el delito cometido por el nacional en el extranjero debería ser una de las infracciones que pueden dar lugar a



la extradición. Según el art. 2 de la Ley de extradición estas infracciones son las reprimidas con pena de prisión no menor de dos años. Esto significaba que sólo procedía la persecución del nacional que había cometido en el extranjero una infracción de cierta gravedad. En los otros casos, permanecía impune. Conforme al texto del art. 6 del C.P.P., el Estado peruano puede también en estos casos reprimir a sus nacionales, ya que no considera como condición que la infracción dé lugar a extradición.

No puede considerarse que su omisión implique la derogatoria de tal condición, ya que el legislador la hizo un fundamento para la represión de todo delito que cometiera un nacional en el extranjero, aun los dirigidos contra la seguridad del Estado, de falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales; los que conforme al texto original del art. 5 C.P. eran sancionados en virtud del principio real o de defensa. Como lo hemos señalado anteriormente (100), este principio ha sido limitado para los casos en que sean extranjeros los autores de este delito (fuera del territorio nacional). Además, aceptar este trato discriminatorio injustificado para con los nacionales significaría admitir una violación del derecho fundamental de la persona a la "igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma" (Constitución de 1979, art. 2, inc. 2).

La manera como se regula el principio de la personalidad activa, en el Proyecto de 1985 (agosto), se caracteriza por su demasiada amplitud. En primer lugar, se reconoce la autoridad del Estado para reprimir todo "hecho punible" que cometa un "peruano" en el extranjero. Este criterio no se justifica por el interés social que podría existir en evitar la impunidad del autor de una infracción insignificante. En segundo lugar, se amplía, igualmente, el ejercicio del poder represivo cuando no se hace alusión - aun indirectamente, como en la norma vigente - a la manera como el nacional regresa al país. De modo que no importaría si la autoridad o sus secuaces han, mediante medios ilegales, impuesto el retorno al responsable.

Estas observaciones demuestran la superioridad del sistema del Código, a pesar de sus deficiencias, al propuesto por los autores del proyecto.

#### **49. Principio universal.-**

En sentido amplio, el principio universal significa que todo Estado puede juzgar y condenar, un delincuente, sin tener en cuenta su nacionalidad o el lugar de comisión de la infracción. No conocemos legislación en la que haya sido admitido de tal manera.

En doctrina y legislación, por el contrario, se le reconoce un campo de aplicación restringido. Este dominio es el de ciertos actos graves que atentan contra intereses o bienes generales o intereses estatales; es decir, se trata de los denominados delitos contra el derecho de gentes o delitos internacionales (trata de blancas, tráfico de drogas, piratería, etc.).

En relación con la actividad terrorista - fenómeno grave y de magnitud internacional -, no se ha impuesto la aplicación del principio universal. Su origen y carácter políticos han impedido que se piense en tal solución; por el contrario, se ha modificado la regulación de la extradición de los responsables de tal actividad (art. 109 de la Constitución).

La admisión del principio universal significa, en buena cuenta, la aceptación de la competencia del *judex de apprehensionis* y su fundamento no es necesario buscarlo en la filosofía. Lo importante es que existe un interés común en la represión de aquellos actos que constituyen una verdadera criminalidad mundial. Entre los Estados se da un sentimiento de solidaridad y de conveniencia, cuya finalidad es impedir la impunidad del autor de uno de esos actos graves (101).

Así entendido, este principio es eminentemente subsidiario. El estado competente no lo es en virtud de uno de los elementos en que se basan los demás principios: territorial, real de la personalidad activa o pasiva.

Nuestro Código Penal no contiene ninguna disposición general referente a este principio. Considerando que para su elaboración el legislador tuvo como modelos los proyectos suizos, es de pensar que no creyó conveniente imitar al Anteproyecto de 1916, que en su art. 7 lo estatuyó

expresamente (102). Prefirió, seguir al Proyecto de 1918, que se limita a señalar - en la parte especial del Código Penal - los casos en los que rige. El único caso estatuido por el legislador peruano es la trata de blancas; en el art. 208, pf. 4o., se dice: "El delincuente es reprimible, cuando el delito ha sido cometido en el extranjero, si entrare en el territorio de la República y no fuere entregado al extranjero".

Dada la gravedad de la infracción, se tiene por superfluo exigir que se dé la "identidad de normas" o "doble incriminación". Esto ha permitido a algunos juristas considerar que estamos frente a una violación del principio de legalidad. Según ellos, el inculpado, en el momento de actuar, no podrá prever la aplicación de la ley que se le quiere aplicar (103).

Subraya su carácter subsidiario la preferencia que se reconoce - como en el caso del principio de la personalidad pasiva - a la extradición del delincuente. En algunas legislaciones se llegó a admitir que de no existir un pedido de extradición, ésta debería ser ofrecida espontáneamente al Estado en cuyo territorio se cometió la infracción o del cual es súbdito el delincuente (104).

Los delitos de piratería y falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales han sido equiparados por el legislador peruano a los delitos contra la seguridad del Estado, por lo que su represión tiene lugar en virtud del principio real o de defensa (105).

El Tratado de Montevideo de 1889, en su art. 13, estatúa que "los delitos considerados de piratería por el derecho internacional público quedan sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes". De esta manera, se admitía el principio universal. Lo que fue de nuevo aceptado en el Tratado de Montevideo de 1940, no ratificado por el Perú (106).

En el Código Bustamante, se distinguen dos situaciones si el delito ha sido cometido en el extranjero (territorio de uno de los Estados) o fuera del territorio nacional (alta mar, aire libre o territorios no organizados de un Estado). En relación a la primera, los que cometen un delito, como la trata de blancas, que el Estado se haya comprometido a reprimir por un acuerdo internacional, serán juzgados por este Estado en caso de que los detenga (art. 307). En lo que respecta a la segunda, los autores de los delitos de piratería, trata de negros y el comercio de esclavos, trata de mujeres, destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás de la misma índole contra el derecho internacional, serán perseguidos por el Estado que los capture, conforme a sus leyes.

El delito de falsificación de moneda no es expresamente mencionado en estos tratados; implícitamente, podría considerársele incorporado, en cuanto puede ser que el Estado se comprometa a reprimirlo por un acuerdo internacional o en la medida que se le tenga por un delito contra el derecho de gentes.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Convención Internacional para la represión de la falsificación de moneda, de Ginebra (20 abril de 1924) siguió un criterio diferente. En sus arts. 8 y 9, se considera que el Estado que no admite la extradición de sus nacionales o cuya legislación interna estatuye como regla general el principio de la jurisdicción interna estatuye como regla general el principio de la jurisdicción sobre hechos cometidos en el extranjero, deberá reprimir a los que han cometido falsificación de moneda y se encuentran en su territorio, "como si el hecho hubiera sido cometido en el territorio".

El que se recurra a una ficción no puede ser comprendido sino teniendo presente la diversidad de criterios en los que se apoyan las diferentes legislaciones nacionales. Lo más correcto sería invocar el principio universal en su sentido restringido. Con este criterio debería, igualmente, incorporarse una disposición general en nuestro Código Penal.

Conforme a las nuevas tendencias en la legislación moderna, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) proponen que se estatuya la aplicación de la ley nacional a los "delitos que el Perú se ha obligado a reprimir por tratado a convención, aun cuando no sean cometidos en su territorio". La última frase es inútil, pues se regula, justamente, los hechos cometidos fuera del territorio nacional.

## **50. Principio de la administración de justicia por representación.-**

Este principio se ha desarrollado con ocasión de la discusión del problema de saber si deben castigarse y de qué manera las infracciones cometidas en el extranjero (107). En un inicio se le concibió para los casos en que no se concedía la extradición de un delincuente que había cometido un delito en el extranjero, y se estimaba que desarrollaba todos sus efectos en relación a la no extradición de nacionales. Esta manera de concebir el principio de la administración de justicia por representación producía confusión por cuanto entraba en pugna con el principio de la personalidad activa. Ante este problema, **Hafer** - uno de los sostenedores de tal criterio - sostuvo que "al final este principio sólo significa que el suizo, el cual ha cometido un delito en el extranjero, será juzgado y condenado - bajo ciertas circunstancias - conforme a las leyes suizas. Si se trata solamente de una administración de justicia por representación o de un propio poder punitivo del Estado que reprime, es una cuestión secundaria" (108).

En Alemania, se sostiene que según el principio aquí analizado, el derecho alemán es aplicable al extranjero que delinquirá fuera del territorio nacional si ha sido detenido, y aun cuando la ley autoriza su extradición, ésta no ha sido solicitada por el Estado interesado o no ha sido concedida o no es viable. De esta manera ha sido consagrado en el artículo 7, No. 2, pf. 2, C.P. (109).

En los últimos años también se ha hablado de administración de justicia por representación cuando se persigue un acto cometido en territorio nacional y que sólo es delito conforme a la ley extranjera. La persecución penal es realizada en interés del Estado extranjero (110). Otro caso, en relación a cual igualmente se hace referencia a este principio, es el de ciertas infracciones leves cometidas en territorio nacional; pero, en torno a las cuales el Estado se limita a realizar una investigación preliminar, y luego, solicita al Estado, de donde es originario el delincuente, que lo sancione. Un ejemplo lo constituye el art. 101 del Código suizo de la circulación (1958) (111). concebido de tal forma este principio adquiere una gran importancia sobre todo en Europa, donde se producen movimientos de población intensos, masivos y temporales (motivados por el turismo o la búsqueda de oportunidades de trabajo).

En la legislación nacional no ha sido admitido el principio de la administración de justicia por representación y creemos que no es conveniente invocarlo como compensación a la regla de la no extradición de los nacionales. Es posible, sin embargo, que esta omisión posible, sin embargo, que esta omisión dé lugar a la impunidad en algunos casos; por ejemplo, si luego de matar a un panameño en el Canadá, el autor, de nacionalidad alemana, huye al Perú y ninguno de los Estados competentes solicita, su extradición. Si se quiere evitar esto, sería conveniente incorporar a nuestro Código una disposición semejante al art. 7, No. 2, del nuevo Código alemán, antes citado (112).

### 51. Aplicación de la ley penal extranjera.-

Por aplicación de la ley penal extranjera, se comprende - en sentido estricto - el hecho de que el juez del foro aplica en el caso que juzga la ley extranjera en lugar de la ley nacional. En sentido amplio. se entiende no sólo esta forma directa de aplicación, sino también el hecho de tomar en cuenta la ley penal extranjera al momento de aplicar la ley penal nacional. En este caso, la ley extranjera condiciona - en cierta manera - la aplicación de la ley nacional. Un ejemplo es la regla de la doble incriminación o identidad de reglas como condición para reprimir a un extranjero que ha cometido un delito - fuera del Perú - en agravio de un nacional (113). Nos parece preferible hablar de aplicación directa y utilizar el término reconocimiento - de acuerdo a la opinión dominante - para designar el segundo caso arriba mencionado (114).

En la doctrina y en la legislación impera el criterio de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera. Los tribunales nacionales no tienden aplicar sino la ley penal nacional. Es decir, la *lex fori*. Esta regla no es muy antigua, se considera que alcanzó su vigencia en los primeros años del signo XIX y tuvo en **Binding** uno de sus más decididos defensores. Antes se admitía con frecuencia la aplicación decididos defensores. Antes criterio lo defendieron **Bartolo**, **Grotius** **Carpzov**. En algunas legislaciones se le aceptó a través del principio de la *lex mitior*.

En la época moderna, **Feuerbach** defendió la aplicación de la ley extranjera. En el presente siglo, fue **Donnedieu de Vabres** quien provocó un fuerte movimiento a su favor.

Diferentes teorías fueron concebidas para justificar la aplicación de la ley penal extranjera: la Escuela holandesa del siglo XVII sostuvo el criterio de la "cortesía internacional"; algunos alemanes hablaron de "representación de intereses" (115) y otros, de "comunidad de intereses de diferentes Estados soberanos" (116), Donnedieu **de Vabres** se refirió al "ejercicio de la soberanía territorial" (117).

Los argumentos que se esgrimen a su favor son numerosos. Entre éstos podemos señalar: representa una garantía a la libertad individual (en el sentido de *nullum crimen, nulla poena sine lege*); permite aplicar la ley que mejor se adecua a la infracción o al medio en que fue cometida; evita la arbitrariedad en la determinación de la ley aplicable e, igualmente, las desigualdades que pueden presentarse al juzgar a los copartícipes (118).

Los argumentos en su contra son de orden teórico y práctico. en los de orden teórico, se dice que la aplicación de la ley extranjera representa un atentado contra la dignidad y la soberanía del Estado y, en los de orden práctico, que comporta inconvenientes para la administración de justicia, en cuanto al conocimiento de la ley extranjera y a la imposición por parte de ésta de una sanción desconocida por la legislación nacional (119).

Como ya lo hemos expresado, en la legislación moderna prima el principio de que en el territorio nacional la ley aplicable es sólo la ley penal nacional. Este es el caso de nuestra legislación penal y la del Tratado de Montevideo (1889) y del Código Bustamante (1928), suscritos por el Perú. El art. 304 de este último estatuye que "ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás". El Tratado de Montevideo no contiene una disposición general parecida a ésta. Por el contrario, admite la posibilidad de que se aplique la ley extranjera, cuando el delincuente mediante la infracción afecte a diferentes Estados. Según el art. 4, "se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas".

En el Código suizo, uno de los pocos en que se admite la aplicación directa de la ley extranjera, se establece que procederá si es que la ley extranjera es más favorable al delincuente (arts. 5 y 6 que prevén los principios de la personalidad pasiva y activa, respectivamente).

La legislación nacional contiene, por el contrario, algunas disposiciones que hacen depender la represión del delito cometido en el extranjero del hecho que se encuentre, igualmente, previsto en la ley vigente donde ha sido cometido. Así por ejemplo, en el caso del art. 5, inc. 3, según el cual la acción del agente debe ser punible también en el Estado en que fue cometida ("regla de la doble incriminación" o "principio de la identidad de reglas"), y los incs. 1 y 3 del art. 6 en relación con la extinción de la acción y de la pena (120).

Esta misma solución ha sido adoptada en el Código Bustamante en relación a la prescripción de la pena (art. 313); y en cuanto a la prescripción de la acción, se dispone que es de aplicación la ley del Estado al que corresponde conocer. El Tratado de Montevideo (1889) - ratificado por nuestro gobierno - no contiene disposición alguna que establezca el reconocimiento de la ley extranjera.

## **52. Aplicación de sentencias extranjeras.-**

Respecto a la sentencia extranjera se practica una distinción parecida a la formulada en relación con la aplicación de la ley extranjera.

Se habla de fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera y del simple reconocimiento de sus efectos. En el primer caso, el Estado que detiene al delincuente haría efectiva la condena impuesta por un tribunal extranjero. En el segundo, el Estado no podría, por ejemplo, perseguir al delincuente si es que un tribunal extranjero - por el mismo hecho - lo ha juzgado y absuelto.

En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones parten del desconocimiento de la fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras. Dicho criterio se sustenta en la afirmación de que la sentencia es expresión de la soberanía del Estado y que reconocerla implicaría inclinarse ante una voluntad extranjera (121). Lo que no significa que se proclame el total desconocimiento de la resolución extranjera, que se le tenga por inexistente.

La legislación peruana sigue esta concepción. Así el último párrafo del art. 6 C.P., estatuye que el delincuente condenado en el extranjero y punible en el Perú en virtud de los principios real, de la personalidad activa y pasiva, podrá nuevamente ser juzgado por los tribunales, sino la hubiera cumplido totalmente, lo que significa que no reconoce a la sentencia extranjera fuerza ejecutiva. Sin embargo, ordena que se tenga en cuenta la parte de la pena cumplida al momento de sancionarlo. Es decir, que el Estado peruano no ejecutará la pena impuesta en el extranjero al delincuente cuya extradición no concede; sino que lo juzgará y, de condenarlo, computará la parte de la pena cumplida (122).

Además, reconoce plena validez a la sentencia extranjera absolutoria o condenatoria - si ha sido cumplida totalmente - y a la resolución que dispone una remisión de la pena, en caso de delincuentes perseguibles de conformidad a los principios: real, de la personalidad activa o pasiva. Por lo tanto, el Estado peruano no puede perseguirlos nuevamente. Otros ejemplos, son los referentes a la determinación de la reincidencia (art. 111), la concesión de la condena condicional (art. 286 C.P.P.), a las resoluciones que se inscriben en el Registro de condenas (art. 398). Además, cabe admitir que ha de ser considerada la sentencia extranjera para determinar la peligrosidad del delincuente, ya que conforme al art. 51, inc. 2, el juez ha de tener en cuenta los "precedentes judiciales y penales" (123).

La no ejecución de la sentencia penal extranjera es admitida ampliamente en el Código Bustamante. En el art. 436, se dice: "Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan". La salvedad que se hace en último lugar, es debido a que en el artículo siguiente se admite la ejecución de la parte de la sentencia extranjera referente a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado (art. 437). La única excepción que hace en relación con las penas es la contenida en su art. 311. Según esta disposición, "la pena de interdicción civil tendrá efecto en los otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exige la legislación de cada uno de ellos".

En doctrina se reclama hace mucho tiempo la aplicación de la sentencia extranjera. Algunos juristas, como **Donnedieu de Vabres** (124), han negado que sea la mejor solución el nuevo juzgamiento del delincuente y afirmado que sería conveniente reconocer su fuerza ejecutiva, lo que se adecua mejor al deber de colaboración internacional. Además, sostienen que no implicaría un atentado contra la soberanía del Estado, ya que para su aplicación es necesario que el mismo Estado la autorice legalmente.

En los congresos internacionales se ha sostenido este criterio. Así, ya en el Congreso Internacional de derecho penal de Bucarest (1929) se aprobó que a toda sentencia penal extranjera - dictada por autoridad competente - debe reconocérsele eficacia, conforme a las necesidades de la cooperación internacional. De manera más clara y en armonía con el criterio dominante en la doctrina, el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) afirmó en sus resoluciones que: "En principio, conviene recomendar que las decisiones penales adoptadas en un Estado sean reconocidas en otro Estado. Este reconocimiento no es incompatible con la idea de la soberanía. En efecto, el nacionalismo excesivo que separa lo pueblos ha cedido terreno en numerosos casos y en especial en materia penal a una voluntad de cooperación conforme a la solidaridad internacional. Asimismo, las dificultades prácticas a que dan lugar las sentencias extranjeras pueden ser superadas gracias a los aportes recientes del Derecho comparado" (125).

La intensificación de ciertas formas delictivas a nivel internacional; por ejemplo, el tráfico de drogas, ha hecho necesaria la adopción de nuevos criterios en relación con la cooperación de los gobiernos. Es el caso de los convenios sobre cumplimiento de condenas penales suscritos por nuestro país, los Estados Unidos y el Canadá (6 de junio de 1979 y 22 de abril de 1980), aprobados por las leyes 23124 y 23125 del 9 de julio de 1980.

En la Convención Europea de 1964 sobre la prevención de infracciones a la circulación, se da la posibilidad de que las penas impuestas en uno de los países pueda ser ejecutada - a su pedido - en el país de residencia del infractor.

La legislación más avanzada en el dominio de la aplicabilidad de la sentencia extranjera, es la de los países nórdicos. En 1948, Suecia, Noruega y Dinamarca se pusieron de acuerdo con relación a la

multa, la confiscación y la reparación de daños. En la actualidad rige entre ellos, además en Finlandia e Islandia, un acuerdo más amplio. Un claro ejemplo de estos convenios es la Ley sueca del 22 de Mayo de 1963, referente a ciudadanos y residentes, la que contiene un cuadro de equivalencia de las penas y contempla - igualmente - los casos de la condena y de la liberación condicionales (126).

### **53. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero.-**

De acuerdo con el art. 5, inc. 4, C.P. es de aplicación la ley peruana al funcionario o empleado que haya cometido - en el extranjero y en el desempeño de su cargo - una infracción "de cualquier especie".

Casi todos los juristas sostienen que se trata de un caso particular del principio real o de defensa. Se considera que mediante tales actos, el funcionario o empleado atenta directamente contra el Estado (127).

Sin duda alguna el fundamento de esta regla se halla muy cerca al del principio real o de defensa. Pero, parece preferible invocar el deber especial que tienen los funcionarios o empleados en relación al Estado que los nombra. Es la violación de este deber lo que posibilita la intervención del Estado interesado (128). Por esto, es que se exige que la infracción haya sido cometida "en el desempeño (del) cargo". No se trata de uno de los delitos contra la seguridad del Estado, ya que en este caso se invoca el principio real o de defensa. En principio han de comprenderse, las infracciones previstas en la Sección decimocuarta del Código Penal, intitulada "Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales", pero también otras como la de falsificación de documentos (art. 368 C.P.) (129). Esta es quizás la única razón que explica por qué el legislador se refirió a "infracciones de cualquier especie".

Esta fase evita dudas en la interpretación de la expresión "en el desempeño de su cargo". La amplitud de esta frase hace casi inútil la frase anterior. Esta es, tal vez, la razón que ha llevado a los autores del Proyecto de 1985 (agosto) (art. 2, inc. 1) a suprimir la referencia a las "infracciones de cualquier especie". Se descartan dificultades si se considera que "en el desempeño de su cargo" no quiere decir durante el ejercicio del cargo o mientras dure la prestación de los servicios al Perú. Se refiere, por el contrario, a las infracciones cometidas con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o empleo.

En caso que el servidor público incurra, en el extranjero y en tanto se encuentre en funciones, en un delito de prevaricato o de falsificación de documentos (al realizar uno de los actos de su cargo) el Estado peruano podrá reprimirlo conforme a la ley peruana. Tratándose de un delito de violación o de lesiones, cometido mientras el autor es servidor público y en el marco de su vida particular, el primer interesado en la represión es el Estado del país donde se cometió la infracción. Si éste no puede sancionar al autor debido a su inmunidad diplomática, por ejemplo, el Perú deberá perseguirlo en base al principio de la personalidad activa. Si se trata de un empleado al servicio del Perú, pero de nacionalidad extranjera, deberá ser sometido a extradición, en caso de haber ingresado al Perú y haber sido detenido. El criterio admitido en el C.P.T., es amplio. Se declara, en el art. 3, aplicable la ley nacional "a los delitos cometidos en el extranjero por personal al servicio de la nación". Es de comprender que se hace referencia a toda infracción (especial o común); pues, el único límite establecido es que el autor no hubiese "sido juzgado en el lugar de comisión en virtud de inmunidad diplomática o funcional".

En la norma del Código Penal y en la norma del proyecto la ratio legis es, por el contrario, el interés del Estado en reprimir a sus servidores que han violado, aun en el extranjero, sus deberes especiales de tales.

El Código de Procedimientos Penales no contiene disposición alguna sobre el particular y tampoco la deroga o modifica. De sostenerse lo contrario existiría problema sólo en relación con los funcionarios o empleados de nacionalidad extranjera, ya que para los nacionales se aplicaría el principio de la personalidad activa, regulado de manera amplia en el art. 6 C.P.P. La situación se complica, cuando se tiene en cuenta que el Código Penal no aceptaba excepción alguna a la competencia del Estado para reprimir a tales delincuentes. El Código procesal tampoco hace referencia a este problema.

#### 54. Excepciones estatuidas en el art. 6 C.P.-

De acuerdo al sistema del Código Penal, el Estado peruano ejerce de manera exclusiva su derecho a sancionar a quienes hayan cometido una infracción en su territorio. Su extinción depende únicamente de lo que disponga la ley nacional; por ejemplo, por prescripción. Si el agente hubiese sido castigado por esta misma infracción en el extranjero, en virtud del principio de la personalidad activa, por ejemplo, los tribunales nacionales tienen aún expedita su facultad de perseguirlo penalmente.

En derecho extranjero, se reconoce también al Estado esta exclusividad en relación al principio real o de defensa; por esto, se le denomina quasi territorial (130). No sucede esto en nuestro ordenamiento legal. El art. 6 C.P., por el contrario, dispone que la ley nacional no se aplicará en este caso, y en el de la personalidad activa y pasiva, cuando la acción penal se halle extinguida conforme a una u otra legislación; y, también, cuando se trate de delitos político-sociales y cuando el acusado haya sido absuelto en país extraño, o, condenado, haya cumplido la pena, o ésta se hallare prescrita, o le hubiera sido remitida.

El caso de la prescripción de la acción penal y de la pena es un problema de aplicación de la ley penal extranjera y que hemos tratado anteriormente (131). Señalemos aquí, únicamente, que el inc. 3o. del art. 6, que trata de la prescripción de la penal, no indica que ella se determina de acuerdo a la ley penal nacional o extranjera, como lo hace el inc. 1o., en relación a la prescripción de la acción. En buena cuenta se trata de la aplicación de la ley más favorable (nacional o extranjera), y no existen razones para hacer distinciones entre ambos casos (132). Además, este criterio ha sido implícitamente admitido en la Ley de extradición de 1888. Según el inc. 3o. del art. 3, no se concederá la extradición "cuando con arreglo a las leyes del Perú, hubiese prescrito la acción por el delito que da mérito a la demanda de extradición".

Sin embargo, este no es el criterio admitido en el Tratado de Montevideo y el Código de Bustamante. Es sus arts. 14 y 312, respectivamente, se estatuye que la prescripción se rige por las leyes del país al cual corresponde conocer el delito; sólo el Código Bustamante contiene una norma expresa respecto a la pena. Se trata del artículo 313 que dice: "La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto" (133).

En el acápite referente a la ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras, hemos tratado de los casos señalados en el inc. 3o. del art. 6 C.P. Recordemos, tan sólo, que lo discutido en este dominio es el "efecto internacional de los derechos adquiridos del inculpado, que se ha beneficiado de una absolución, de una remisión o que ha cumplido la pena, a no volver a ser perseguido por el mismo hecho (ne bis in idem) (134).

El legislador peruano ha admitido en el Código Penal la concepción de los positivistas italianos sobre los delitos políticos. Al menos, esto parece deducirse de la terminología por él utilizada; y que se refiere a delitos políticos-sociales (art. 6, inc. 2o. y art. 111, último párrafo). El criterio determinante para saber qué infracciones revisten esta calidad es de carácter subjetivo. No depende, pues, de la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, sino de los móviles políticos con que actuó el delincuente. De modo que aun un delito común ha de ser considerado político, si su autor actuó motivado por fines de tal naturaleza (135).

Esta concepción no fue, por el contrario, admitida por el autor de la Ley de extradición de 1888, ya que en ella se hace referencia a delitos que tuvieran un carácter político o se hubieran perpetrado en conexión con ellos. El carácter político está aquí determinado por un criterio objetivo (naturaleza del bien jurídico); pues, en sentido contrario hubiese sido inútil la referencia a los "delitos conexos" (136). En todo caso el criterio imperante en la doctrina y en la legislación es bastante amplio, lo que está en armonía con el amplio reconocimiento al derecho de asilo.

La amplitud del criterio empleado en determinar qué infracciones son delitos político-sociales, neutraliza casi todos los efectos que podría tener el inc. 1o. del art. 5 C.P., en cuanto se refiere a "delitos de traición y atentados contra la seguridad militar". En la medida que estas infracciones atentan contra la existencia y la estructura del Estado (bien jurídicamente protegido), constituyen - según la tesis objetiva - delitos políticos. De modo que caerían dentro de la excepción comentada. Lo

mismo sucedería con los demás si estuviesen en conexión con tales delitos políticos. Conforme a ambas concepciones resulta, pues, incongruente la excepción establecida (137).

Entre nosotros, ha sido generalmente admitida una concepción amplia. Aun el último Gobierno militar se refirió a "delitos políticos-sociales y conexos", al conceder amnistía e indulto mediante el D.L. 18692 del 21 de diciembre de 1970.

Lo mismo se puede decir respecto al criterio incorporado en el art. 109 de la Constitución de 1979. En esta disposición se hace referencia a "delitos políticos" y a "hechos conexos con ellos"; al mismo tiempo, se dispone que "no se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio". Esta excepción expresa sólo se comprende si se considera que el carácter político de las infracciones se hace depender del móvil del agente (concepción subjetiva). Tomando como base estas disposiciones, el Parlamento se ha referido, al dictar la Ley No. 23215 del 28 de julio de 1980, a "hechos de naturaleza político-social o conexos, subordinados a éstos" (art. 1). Los alcances de esta expresión fueron limitados por la enumeración de casos que hizo el Parlamento en el art. 2 de esta misma ley de amnistía.

El único caso en que nuestro legislador admite el derecho exclusivo de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, es el de los funcionarios o empleados al servicio del Estado que, en el ejercicio de sus cargos, ejecutaren una infracción en el extranjero.

Esta sistemática, más o menos correcta, de nuestro Código Penal, es desarticulada por lo dispuesto en el art. 8 C.P.P. En esta norma se estatuye que "no procede la persecución contra el peruano que haya delinquirado fuera del país, o el extranjero que cometiera un delito en el Perú, si uno u otro acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido una remisión o que ella ha prescrito".

Dos observaciones fundamentales merece esta disposición. En primer lugar, se distingue entre peruanos que delinquen fuera del país y extranjero que lo hacen en territorio nacional. De esta manera se olvida que de lo que se trata es de regular los casos en que el Estado no tiene posibilidad de perseguir al autor de un delito, por haberse cometido éste en el extranjero y que sólo podría hacerlo conforme a uno de los otros principios reconocidos. Admitiendo que en los casos enumerados, el extranjero que delinquiró en territorio nacional ya no podrá ser perseguido, se desconoce el derecho exclusivo del Estado a ejercer la represión penal de acuerdo al principio de la territorialidad, y que lo admite el Código Penal. Además, esto significaría que el extranjero que actuó en otros país no podría interponer una excepción a la persecución penal en virtud de dicha circunstancia. Situación ilógica y que determinaría una injustificada distinción entre nacionales y extranjeros (138).

En segundo lugar, se omite toda referencia al problema de la prescripción de la acción, de los delitos político-sociales y de los delitos cometidos - en el extranjero - por funcionarios al servicio del Estado en el desempeño de su cargo.

Para el primer y segundo casos no habría mayores dificultades para considerar aplicables las reglas del Código Penal. En cuanto al tercero, es de precisar si subsiste la excepción admitida en el Código Penal o si el funcionario o empleado al servicio del Estado, quien en ejercicio de su cargo delinquiró fuera del país, puede alegar haber sido - en el extranjero - juzgado y absuelto, condenado y sufrido su pena, o que se le remitió la penal, para no volver a ser perseguido por el Estado peruano.

La regla general del art. 8 C.P.P. parece no referirse a este caso particular, por lo que es de aplicación el inc. 4o. del art. 5 C.P.

La regulación propuesta en el Proyecto de 1985 (agosto) no es del todo correcta. Conforme al art. 3, in fine, la sentencia absolutoria dictada en el extranjero - en virtud de cualquiera de los principios reconocidos en el art. 2o - siempre tiene valor ante los órganos judiciales peruanos. Igualmente, la de carácter condenatorio, salvo en relación con las infracciones cometidas por los servidores públicos o aquellas realizadas contra la tranquilidad pública (art. 1o., inc. 3 y 4). En estos casos, es necesario que la condena impuesta haya sido totalmente cumplida, remitida o haya prescrito (art. 3). La nueva



condena que se dicte tendrá en cuenta la parte de la pena que haya sido ejecutada en el extranjero. Sólo en estos casos, la represión por parte de las autoridades nacionales no puede tener lugar cuando la acción penal o la pena hayan prescrito, conforme a una u otra legislación (art. 2, incs. 1 y 3). Tampoco es posible, si se trata de delitos políticos sociales (art. 2, inc. 2).

No son claras las razones que han sido tomadas en consideración para establecer estas excepciones en relación con los servidores públicos y con los autores de delitos contra la tranquilidad. En este punto el proyecto diverge de la ley vigente, así como del C.P.T. El art. 5 de este último dice que "no tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley nacional, las sentencias penales que se pronuncien en el extranjero sobre los delitos señalados en los arts. 1o (principio territorial) y 2o (real o de defensa) ...".

## 55. La extradición.-

Se trata de un acto de ayuda interestatal en asuntos penales, que tiene por objeto transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a la de otro (139).

Se justifica la existencia de esta institución porque, en el plano internacional, facilita y asegura la lucha contra la delincuencia. Esto no significa que su admisión sea suficiente para asegurar la persecución penal y, en particular, la ejecución de la pena, cuando el delincuente después de cometer la infracción o de ser condenado, huye al extranjero.

En primer lugar, no todas las infracciones dan lugar a la extradición, y, segundo lugar, se acepta generalmente la prohibición de entregar a los nacionales (140).

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de la extradición. En el estado actual del derecho interno e internacional, es de reconocer su carácter eminentemente jurídico y que, si bien constituye un acto de soberanía, se caracteriza por ser, en la lucha contra el delito, un medio de ayuda interestatal.

El sistema adoptado por el legislador peruano es de tipo mixto. El Poder Ejecutivo decide en última instancia sobre si la extradición tiene lugar o no. Es decir, si se acepta el pedido formulado por un Gobierno extranjero (extradición activa) o si se le pide la entrega (extradición pasiva) (141). Según la Constitución, art. 109, "la extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema".

La Corte Suprema de la República se pronuncia, mediante informe, "sobre la legalidad o ilegalidad de la extradición solicitada" (art. 346 C.P.P.) o, mediante resolución "si conforme a la ley, o los tratados, o a los principios de reciprocidad o cortesía, corresponde reclamar la extradición" (art. 347 del C.P.P.). De esta manera, aparece la intervención judicial con carácter de consulta. Esto es evidente en relación con la extradición activa, ya que con el antes citado art. 346 se estatuye que "en virtud de dicho informe (de la Corte Suprema) el Presidente de la República resolverá, de acuerdo con el Consejo de Ministros, la demanda". En cuanto a la extradición pasiva parece desprenderse lo contrario del art. 348 C.P.P., pues, no se dice que el Poder Ejecutivo puede o no aceptar la extradición, en caso de que la Resolución de la Corte Suprema afirme su procedencia.

Tanto en la Ley de extradición como en el Código de Procedimientos Penales se ha establecido la condición de reciprocidad. En caso de que no exista esta reciprocidad, el Estado peruano denegará la demanda de extradición, lo que determina la impunidad del delincuente; ya que la ley no estatuye que el Estado deberá perseguirlo, como lo hace en el caso de los nacionales (art. 6 de la Ley de extradición). Por esta razón se ha criticado la admisión de tal condición. Esta crítica se revela acertada, sobre todo, si se tiene en cuenta que el fin de la extradición es la lucha eficaz contra la delincuencia. Justamente, Donnedieu **de Vabres** afirmó que lo racional y deseable es que el régimen de la extradición sea internacional y convencional, debido a que el pedido de extradición siempre comporta la presencia de dos o más Estados (142).

La Ley de extradición no enumera los delitos que pueden dar lugar a ella, se limita a establecer en una cláusula general, que es procedente en los casos en que la ley nacional fije como mínimo de pena 2 años de prisión (art. 2), y a señalar, en detalle, las excepciones.

Según el art. 3 de esta misma ley, no se concederá, en ningún caso, la extradición cuando:

- a) el delincuente reclamado fuere nacional por nacimiento o naturalización (143);
- b) el delito tuviere, a juicio del Gobierno, un carácter político o se hubiere cometido conexas a él (144);
- c) la acción penal hubiere prescrito de acuerdo a la ley nacional (145); y,
- d) el delincuente hubiese sido ya juzgado en el Perú, por el mismo delito, por otro igual o más grave.

La regla non bis in idem es ampliamente admitida, pues la extradición será negada cuando el delincuente reclamado ya haya sido juzgado y sentenciado por el mismo delito o por otro igual o mayor. La sentencia puede ser absolutoria o condenatoria.

La Ley de extradición reconoce, tácitamente y de manera limitada, el principio de la especialidad. La extradición se concede por una infracción determinada, y por la cual debe ser juzgado el delincuente; pero, según el art. 5 de la Ley de extradición, si "se descubriere que el reo lo es de otro distinto y más grave, comprendido también en el tratado de extradición o en esta ley, el Gobierno requeriente podrá hacerlo juzgar por este último, participándolo al Gobierno del Perú". Basta la comunicación al Gobierno peruano; no es necesario su consentimiento. Este sí es requerido, por el contrario, en el Código Bustamente, que en art. 377, estatuye que la persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se entregue por un delito distinto del que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma; salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que el delincuente permanezca en el primero hasta tres meses después de ser juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta" (146).

1. **Binding**, Handbuch, T.I., p. 372. Ver: **Oehler**, in Grützner Geburtstagsgabe, p.

110-127.

2. **Zlateric**, Droit pénal international, p. 51; **Schultz**, Einführung, p. 84; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 99; **Germann**, in RPS 1954, p. 237, reconoce que los principios del Estado de derecho también establecer límites a este poder. Ver: **Jescheck**, in Internationales Recht und Diplomatie, p. 75.

3. **Jescheck**, in Internationales Recht und Diplomatie, p. 76-77; **Boeckelmann**, Strafrecht, A.T., p. 23; **Schultz**, in von Weber Festschrift, p. 307. Ver: **Merle-Vitu**, Traité, T.I., p. 292, **Fierro**, La ley penal, p. 3 y 7.

4. Droit pénal international, p. 15.

5. En el sentido de concurrencia de Estados reclamándose autorizados a reprimir un mismo acto. Además contra la admisión de "conflicto de leyes", ha de tenerse en cuenta que el juez penal - actualmente - sólo puede aplicar la ley penal nacional. Cf. **Boeckelmann**, Strafrecht, A.T., p. 23.

6. Ver **Jescheck**, in Internationales Recht und Diplomatie, p. 78, nota 26.

7. Sobre la noción de normas primarias y secundarias, ver: **Hart**, El concepto de derecho p. 99; **Gavazzi**, Norme primarie e norme secondarie, p. 67 y s.; **Eckmann**, Rechtspositivismus, p. 86 y s.

8. **Jescheck**, in Maurach Festschrift, p. 584. Ver: **Alex Meyer**, in Rev., int. de d. pén. 1957, p. 620.

9. **Jescheck**, in Maurach Festschrift, p. 584.

10. Ver: Código Penal, edición oficial, p. 164.

11. Ver: Code d'instruction criminelle, arts. 5 y 6. El mismo criterio se impuso en el Código de procedimientos en materia criminal de 1920, arts. 9 y 10. En el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, arts. 20, se estatuyó: "están sujetos a la jurisdicción criminal de la nación ...".

12. Su incorporación a los Códigos procesales se basa en la concepción del siglo XVIII que sostenía que los códigos penales serían parecidos en todos los países y que las normas que estudiamos deberían determinar sólo la competencia de los jueces. Ver: **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 30.

13. Zlateric, Droit pénal international, p. 22, dice: "es de naturaleza mixta o compleja: material o procesal, lo que tienen de común es que pertenecen al derecho público".

14. **Oehler**, In Grützner Geburtstagsgabe, p. 11.

15. El art. 3 del Código Penal alemán, hasta antes de enero de 1975, decía: "El Derecho penal se aplica a todo acto cometido por un alemán, ya sea en Alemania o en el extranjero".

16. Cf. **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 107-108. Ver: Oehler, Internationales Strafrecht, p. 414.

17. Ver: Code d'instruction criminelle, arts. 5 y 7.

18. El Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal internacional de 1889 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. El Tratado de 1940, no ha sido ratificado por el Perú. Ver: Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, p. 173 y 174.

19. Lea 15720 del 28 de octubre de 1965; ya el Código Bustamante se refiere a esos casos, no así nuestro Código penal.

20. Los Tratados de Montevideo y de la Habana (Código Bustamante) también contienen reglas sobre esta institución; el Gobierno peruano ha firmado diversos tratados bilaterales de extradición; así por ejemplo con Bélgica, España, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña.

21. El acápite primero del art. 2 del Código de Enjuiciamientos en Materia penal de 1863 estatuyó que están sujetos a jurisdicción criminal de la nación "los peruanos y extranjeros que delinquen en el territorio de la República". Tampoco se refería, pues, de manera expresa a que la ley aplicable es la peruana.

22. Comentarios, p. 14.

23. Ver: Proyecto suizo de 1918, art. 3, y Anteproyecto suizo de 1916, art. 3 que sirvieron de fuente a nuestro legislador. Además consultar el Código Penal italiano de 1930, arts. 6 y 3; Código Penal alemán, art. 3, Código Penal austríaco, art. 62. El texto definitivo del art. 3 del Código suizo de 1937, es incompleto porque sólo se refiere al "presente código" y no a la ley en general.

24. Ver: **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 5; **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 151; **Zlateric**, Droit pénal international, p. 157.

25. **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 5 y s.

26. **Hart** dice, con razón, que "el sistema jurídico de un Estado moderno se caracteriza por un tipo especial de soberanía e independencia territoriales", El concepto de derecho p. 31; ver: **Jescheck**, in Internationales Recht und Diplomatie, p. 85, **Germann**, in RPS 1954, p. 84.

27. **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 12 y 13; en relación con el derecho anglosajón, ver: **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 30 y s.

28. **Grützner**, Le champ d'application du droit pénal, p. 16.
29. Ver: Ley de Aeronáutica Civil 15720, del 28 de octubre de 1965 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo del 28 de diciembre de 1965.
30. Ver: **García Belaunde**, Mar y Constitución, p. 22.
31. Sobre mar territorial, ver: **Herrera Paulsen**, Derecho Constitucional, p. 59; Pareja, Derecho Constitucional, p. 202 y s. En el plano internacional se discute mucho sobre su extensión: La Conferencia Panamericana reunida en Panamá en octubre de 1939, la fijó en 300 millas; la Convención Interamericana de neutralidad, reunida en Río de Janeiro en setiembre de 1941, recomendó que se fijara en 12 millas. **García Belaunde**, Mar y Constitución, p. 20 y s.
32. El art. 12 de dicho Tratado estatuye que "se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de 5 millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado". Esta norma ha sido reproducida en el Tratado de 1940 del cual el Perú es signatario; pero, que aún no ha ratificado.
33. En la Convención de Chicago del 7 de setiembre de 1944, se estatuyó que cada Estado tiene soberanía total y exclusiva sobre esta materia es la de Tokio del 14 de setiembre de 1963; en la que se adoptó el "Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves", aprobado por el gobierno mediante D.L. 22092 del 21 de febrero de 1978.
34. **Schultz**, in FJS, No. 1210, p. 1.
35. Ver: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 16. Este autor tomó partido - desde un punto de vista dogmático - en favor de esta teoría, por considerar que la unidad conceptual del delito es rota en el caso de delitos de tránsito o a distancia. Sin embargo, opina que es conveniente inclinarse por la teoría de la ubicuidad, "desde un punto de vista de mera práctica cosmopolítica y para evitar competencias negativas".
36. Ver: **Garraud**, Traité, T.I, No. 171.
37. Por ejemplo, se habla de teoría pura de la ubicuidad cuando se considera que la infracción se comete tanto donde se desarrolla - total o parcialmente - la actividad delictuosa como donde se produce el resultado final o el efecto intermedio. se entiende, pues, perpetrada en done "ocurra cualquier momento de su iter o donde se consuma".
38. Ver: **Bramont**, La ley penal, p. 149-150.
39. En su exposición de motivos el legislador habla que "el Proyecto subordina sus disposiciones del Título II a los criterios contenidos en dicho Tratado", Código Penal, edición oficial, p. 165. El mencionado Tratado tampoco contiene una norma a consagrada a determinar el lugar de comisión. De sus disposiciones, se desprende que la ley aplicable es la de la nación en cuyo territorio se **perpetran** las infracciones) art. 1o). El termino "**perpetrar**" parece referirse a la ejecución de la acción y a la producción del resultado, debido a que en el art. 2 se estatuye - implícitamente - que el Estado en que se cometen los hechos delictuosos juzgará a los agentes "si en el territorio del Estado se produjeron los efectos". De acuerdo con este artículo, si ambos elementos tienen lugar en diferentes países, los autores "serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes del país en que se "danán derechos e intereses" (es decir, en donde se producen los efectos de la acción). En el art. 3, se hace referencia, igualmente, a los casos en que un "delito **afecta** a diferentes Estados ..." y en el numeral 5, se reconoce jurisdicción a la Nación en que producen sus efectos las acciones que "no fueran pasibles de pena", según las leyes del Estado en que se realizaron.
40. Ley 15720 de aeronáutica Civil, arts, 5, inc. 2 y 6, inc. 2.
41. **Bramont**, La ley penal, p. 145.

42. **Zlateric**, Droit pénal international, p. 171-172; **Baumann**, Strafrecht. A.T., p. 79; **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 214-216; **Schultz**, Einführung, T.I, p. 86. Diferente: **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 139.

43. **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 209; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 139. Diferente: **Binding**, Handbuch, T.I., p. 416; **Travers**, Droit pénal international, T.I., p. 175. Ver Código Penal alemán, art. 9, pf. 2, **in fine**, en el que se regula expresamente ese problema. Bramont, siguiendo a Soler, sólo se refiere al caso en que el acto principal tenga lugar en territorio nacional, La ley penal, p. 151.

44. **Grütner**, Le champ d'application du Droit pénal, 29; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 79. Ver: Código Penal alemán, art. 9, pf. 2, **in fine**, en el que se regula expresamente ese problema. Bramont, siguiendo a Soler, sólo se refiere al caso en que el acto principal tenga lugar en territorio nacional, La ley penal, p. 151.

45. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 121; **Bramont**, La ley penal, p. 154-155.

46. **Soler**, Derecho penal argentino. T.I., p. 154; su criterio puede ser, tal vez, correcto de acuerdo a las disposiciones de la ley argentina que comenta.

47. Los antecedentes nacionales de estas reglas se remontan a los incisos 4 y 5 del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, que sometían, respectivamente, a la jurisdicción nacional a los peruanos y extranjeros que, a bordo de buques nacionales, delinquirían en aguas de la República o en alta mar y que, en aguas de otras potencias, lo hacían en el ejercicio de sus empleos marítimos o a bordo de buques de guerra nacionales.

48. Este principio figuraba ya en el art. 8 del Tratado de Montevideo de 1889.

49. Este criterio fue aceptado en el Código Bustamante. Así, en su art. 2, se exige que debe existir una "relación entre el hecho delictuoso y el país y sus habitantes o perturbar su tranquilidad". También figura en el art. 19 de las Normas penales de las Convenciones sobre el Derecho del mar de Ginebra 1958; ver: **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 305-306, **Grütner**, Le champ d'application du droit pénal, p. 24-25.

50. **Alex Meyer**, in Rev. int. de d. pén. 1957, p. 605.

51. **Alex Meyer**, in Rev. int. de d. pén. 1957, p. 605-606.

52. Según **Zlateric**, Droit pénal international, p. 195, no se le debe asimilar al "principio del pabellón" porque las aeronaves, a diferencia de las naves, no enarbolan bandera. Ver: Convención de Tokio de 1963. Conforme al art. 96 de la Constitución de 1979, "la nacionalidad de las naves y aeronaves se rige por la ley y los tratados".

53. Ver: arts. 2 y 5 de la Ley de aeronáutica Civil.

54. Algunos autores recomiendan, en parte con razón, que los atentados contra el reglamento interno de la aeronave o los actos de indisciplina de los miembros del equipaje sean siempre reprimidos por el Estado cuya nacionalidad tiene la aeronave. Arguyen que tales disposiciones son "sui generis" y de naturaleza "rigurosamente nacional". Ver: **Alex Meyer**, in Rev. int. de d. pén. 1957, p. 616-618.

55. La aeronave no es en ese instante sino un inmueble sobre territorio nacional: Código civil, art. 812, inc. 4.

56. Ver: **Gützner**, Le champ d'application du droit pénal. p. 27.

57. Art. 20 de la Ley de Aeronáutica Civil. Normas sobre el establecimiento de tal registro, se estatuyen ya en el convenio de París de 1919, en el de Madrid de 1926 y en los de la Habana de

1928 y de Chicago de 1944. ver: **Claisse**, in Jurisprudencia argentina, No. 4600, del 25 de setiembre de 1974, p. 2 y 5.

58. Art. 19, pf. 4; esta regla establece una excepción en relación al párrafo 2 del mismo artículo 19 que considera, pues, entre las naves estatales también a las consagradas exclusivamente al servicio de correos.

59. Sobre los inconvenientes de admitir esta solución, ver: **Alex Meyer**, in Rev. int. de d. pen. 1957, p. 638-639; y Resoluciones de la Séptima Conferencia Interamericana de Estados Americanos de Montevideo de 1933.

60. Lo admitió en particular **Binding**, Handbuch, p. 394.

61. **Zlateric**, Droit pénal international, p. 200.

62. Ver: Art. 298 de nuestro Código Penal, según el cual será reprimido con la pena de prisión no mayor de dos años y multa de la renta de tres a treinta días, quien practique - en territorio peruano - actos destinados a alterar por la violencia el orden político de un Estado extranjero. Cf. **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 314; **Jescheck**, in Internationales Recht und diplomatie, p. 86; **Germann**, in RPS 1954, p. 246; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 35.36.

63. La opinión extrema en relación a la importancia de este principio la sostuvo Binding; quien llegó a considerarlo como criterio fundamental del "derecho penal internacional" y a los demás como casos especiales de su aplicación. Ver: **Jescheck**, in Internationales Recht und Diplomatie, p. 86; **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 87.

64. Reformado por diferentes Leyes: No. 2 del 11 de mayo de 1951; No. 2 del 15 de febrero de 1963; No. 15 de 14 de abril de 1972.

65. En el Proyecto peruano de 1916, se señalaba también las infracciones contra el derecho de gentes.

66. En el mismo sentido, el art. 305 del Código Bustamante se refiere a "seguridad del mismo (Estado)...".

67. Esta disposición reprime al que "violare las inmunidades del Jefe de un Estado o de un diplomático .." Aquí no puede tratarse sino de aquellas inmunidades que reconoce el derecho nacional a tales personas cuando se encuentran en territorio nacional.

68. El art. 305 del Código Bustamante, se refiere a delitos "contra el crédito público (del Estado)".

69. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 878 y s.

70. Ver los Códigos penales suizo y alemán en sus acápite referentes a la aplicación especial de la ley penal; **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 371; **Clerc**, Introduction, partie générale, p. 33, dice que "la intervención del juez se justifica a título obligatorio y exclusivo".

71. El juzgamiento y la condenación de contumaces y ausentes permitidos por los decretos leyes 19030, 19962 y 21895 han sido, constitucionalmente, prohibidos (art. 239, inc. 10; D.Leg No. 125). Ahora, sólo es posible el juzgamiento ante el juez instructor o el tribunal correccional.

72. Ver: art. 68, inc. 2, del Código Penal holandés.

73. Esta expresión es un reflejo de la influencia positivista del Proyecto Ferri de 1918.

74. Ver infra No. 48.

75. Handbuch, p. 127.

76. **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 416; **Kohler**, Internationales Strafrecht, p. 72, 97; **Bertholdy**, in Archiv H. Kohlrausch, p. 41.

77. **Oehler**, in Geburtstagsgabe Grützner, p. 119.

78. **Stooss**, Avant-projet, p. 13; **Schultz**, in von Weber Festschrift, p. 312.

79. Ver supra No. 45, a.

80. **Zlateric**, Droit pénal international, p. 212.

81. Principes, p. 78.

82. Code d'instruction criminelle de Francia, art. 639, pf. 1o, en caso de crímenes.

83. **Jescheck**, in internationales Recht und Diplomatie, p. 79-80.

84. Cf. art. 3, inc. 1o, de la Ley de extradición. En los casos de extranjeros, respecto a los cuales no se concede la extradición por otra de las causas fijadas en la ley, sólo podrían ser juzgados, salvo si fuera de aplicación el principio real, universal o de la personalidad pasiva. El nuevo Código Penal alemán contiene una regla especial en su art. 4, pf. 2, inc. 3o. Igualmente, el nuevo Código Penal austríaco, art. 65, No. 1, in fine.

85. Esta disposición establecía lo mismo para los casos en que el gobierno peruano no concedía la extradición de un delincuente, en razón de que la acción penal había prescrito de acuerdo a la ley nacional. Esta regla ha sido derogada por el art. 6 del Código Penal y el art. 8 del Código de Procedimientos Penales.

86. Internationales Strafrecht, p. 451-452.

87. En ninguna disposición nacional se regula, expresamente sobre el tratamiento a dar a los extranjeros que no sean entregados al país cuya extradición solicita, en razón a que los delitos que se les imputa no merecen pena mayor de 2 años de prisión. Es de pensar que el Estado peruano no muestra interés en reprimirlos por la naturaleza misma de las infracciones.

88. **Pareja**, Derecho Constitucional, p. 355.

89. Las disposiciones del Código Bustamante son aplicables en relación a los demás países contratantes. En otros casos es de aplicación una regla diferente, como por ejemplo, la admisión de la extradición de nacionales entre los países contratantes del Tratado de Montevideo. El art. 20 de este Tratado estatuye: "La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo".

90. Código Penal sueco del 21 de diciembre de 1962, art. 2.

91. Este es el criterio admitido en la legislación francesa, Code d'instruction criminelle, art. 689, inc. 3. Ver: **Merle-Vitu**, Traité, T.I., p. 314.

92. Cf. **Logoz**, Commentaire, T.I., p. 24.

93. Ver: **Logoz**, Commentaire, T.I., p. 19. También es aceptado este criterio en Austria, ver: **Leukauf-Steininger**, Kommentar, p. 367.

94. El art. 5 del Code d'instruction criminelle dice: "si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis". Parecería suficiente comprobar que ambas leyes contienen disposiciones que reprimen el acto como delictuoso. La doctrina y jurisprudencia francesas admiten, sin embargo, que el tribunal debe constatar que la infracción lo es también de acuerdo a la legislación extranjera, que corresponde al Ministerio Público y a la Parte Civil probar la reciprocidad de la represión y al encausado - conforme a la regla **reus in excipiendo fit actor**, - probar la abrogación de la ley invocada contra él, o la existencia de una causa de justificación o de imputabilidad admitida por la ley extranjera. Por otro lado se sostiene que la prescripción de la acción se determina conforme a la ley francesa. Ver: **Merle-Vitu**, *Traité*, T.I., p. 315-316, nota 4. Estas afirmaciones no pueden ser aceptadas en todos sus extremos entre nosotros, ya que nuestra legislación difiere mucho de la francesa.

95. Ver: **Grützner**, *Le champ d'application du droit pénal*, p. 41.

96. Ver art. 5, inc. 9, y art. 8 del Código Penal alemán.

97. Este problema ha sido planteado en Alemania y resuelto en el Código Penal: art. 7, No. 1 y 2: "El derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el extranjero ... si en el lugar de comisión es amenazado con una pena o si tal lugar no se halle sometido a soberanía penal".

98. Ver: D. Leg. 125, art. 1 y Código Penal, arts. 318 al 322.

99. En Francia, se sostiene, por ejemplo, que el regreso debe ser voluntario y no debido a fuerza mayor (naufragio, por ejemplo), ya que se estima que el delincuente se somete implícitamente a la competencia de los tribunales de su país. Esta distinción carece, empero, de relevancia, sobre todo si se tiene en cuenta que la extradición no presupone necesariamente el consentimiento del inculcado. Claro está que en este caso la persecución está limitada por el principio de especialidad.

100. Ver supra No. 47, b.

101. **Schultz**, in von Weber *Festschrift*, p. 312; Zlateric, *Droit pénal international*, p. 223; **Donnedieu de Vabres**, *Principes*, p. 169; **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 134.

102. "Todo extranjero que comete en el extranjero uno de los delitos siguientes: trata de blancas, puesta en peligro de la vida o propiedad mediante explosivos, falsificación de moneda, o un delito que la Confederación se ha comprometido - por convenio internacional - a reprimir, es punible de acuerdo a la ley suiza, si habiendo sido detenido no es entregado mediante extradición. Esta disposición no se aplica a los delitos políticos".

103. Ver: **Donnedieu de Vabres**, *Principes*, p. 165.

104. Ejemplo, Código italiano de 1889, art. 9.

105. Esta afirmación que concuerda con el texto del Código Penal, no corresponde a la sistemática establecida por el Código de Procedimientos Penales. Ya hemos visto que según el art. 6, se reprime a los nacionales que han cometido cualquier delito en el extranjero (principio de personalidad activa) y que conforme al art. 7, se persigue a los extranjeros que han cometido fuera del Perú, un delito contra el Estado (principio real o de defensa).

106. El art. 14 de esta Convención expresa: "La piratería internacional, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos, quedan sujetos a la jurisdicción y la ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera que sea el lugar donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al Estado en el cual los hechos delictuosos sean consumados, de solicitar por vía de extradición la entrega de los delincuentes.

107. **Grützner**, in *Rev. int. de d. pen.* 1960, p. 403.



108. **Hafter**, Lehrbuch, A.T., p. 51; **Jiménez de Asúa** sostuvo, igualmente, que la pena se impone por representación en caso de los nacionales no entregados por vía de extradición y de los diplomáticos nacionales que delinquen en el ejercicio de sus funciones, La ley y el delito, p. 197. **Bramont Arias**, quien cita a **Jiménez de Asúa**, parece ser de la misma opinión, La ley penal, p. 142.

109. Ver. art. 10, inc. 2, del Código Penal italiano.

110. Ver **Grützner**, in Rev. int. de d. pén. 1960, p. 403.

111. Por esta razón, **Schultz** considera que el Estado ejercerá su derecho a castigar en virtud de este principio, sólo cuando el Estado en que se cometió la infracción lo solicita y que es, en la mayor parte de los casos, un sustituto de una extradición no concedida; Einführung, T.I, p. 87. Ver: **Bussy-Rusconi**, Code suisse de la circulation routière, comentarios a la disposición citada.

112. Ver nota No. 97.

113. Ver: **Zlateric**, Droit pénal international, p. 294.

114. Ver: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.II., p. 760.

115. **Grützner**, in Rev. int. de d. pén. 1960, p. 400.

116. **Van Bemmeln**, in. Rev. int. de d. pén. 1960,p. 615.

117. Respecto al derecho local y al voluntad del legislador que hace suya la ley extranjera, ver: Principes, p. 182.

118. Ver: **Schwander**, in Rev. int. de d. pén. 1960, p. 531.

119. **Binding**, Handbuch, p. 372-373; ver: **Grützner**, in Rev. int. de d. pén. 1960, p. 408-410; **Zlateric**, Droit pénal international, p. 302.

120. Ver infra No. 47, c.

121. Ver: **Bramont**, la ley penal, p. 178-180; **Zlateric**, Droit pénal international, p. 328. También se arguyen razones prácticas concernientes a las diferencias que hay en los sistemas de penas. En Alemania, se alegan razones de orden constitucional, consultar: **Oehler**, Internationales strafrecht, p. 605 y s.

122. Corresponde al tribunal determinar, autónomamente, la correspondencia entre la pena impuesta - parcialmente cumplida - y la pena prevista por la legislación nacional. No creemos que se pueda deducir del sistema peruano la extinción de la acción penal, debido a que las penas sean cualitativamente diferentes; contra: **Bramont**, La ley penal, p. 173.

123. **Donnedieu de Vabres**, Principes, p. 339, afirmó al respecto que "tener en cuenta los antecedentes, no significa inclinarse ante la soberanía extranjera, ni ejecutar una sentencia extranjera". Sólo se trata, según él, de tomar en consideración un hecho, que es un elemento esencial del caso que se pretende resolver. Concluía subrayando que "la ciega aplicación del principio territorial que tiende a dejar de lado las sentencias extranjeras no desconoce tan sólo las exigencias de justicia, sino que sacrifica el interés del mismo Estado".

124. Principes, p. 324.

125. Ver: Rev. int. de d. pén. 1964, p. 1141 y s.

126. Ver: Rev. int. de d. pén. 1963, p. 256.

127. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 136. Cf. **Núñez**, Manual, p. 95. Igual opinión sostuvimos en L'influence, p. 27.
128. **Welzel**, Strafrecht, p. 27; **Oehler**, Internationales Strafrecht, p. 394.
129. Cf. **Cornejo**, Comentarios, p. 28.
130. Código Penal suizo, art. 4.
131. Ver supra No. 50.
132. Cf. **Bramont**, La ley penal, p. 173.
133. El Tratado de Montevideo de 1940, no ratificado por el Perú, se refiere a ambos casos en una misma disposición: art. 16.
134. Cf. **Donnedieu de Vabres**, p. 303.
135. En el art. 13 de su Proyecto de Código Penal italiano de 1921, Ferri establece que "son delitos político-sociales aquellos cometidos **exclusivamente** por motivos políticos o de interés colectivo".
136. Es interesante observar que en la Ley 23215 del 28 de julio de 1980, el Gobierno concede amnistía e indulto a los inculpados, acusados y sentenciados por "hechos de naturaleza político-social o conexos subordinados a éstos" (arts. 1 y 2).
137. Ver: art. 291 del C.P.
138. El art. 2, inc. 2, de la Constitución proclama la igualdad de las personas ante la ley.
139. **Schultz**, Einführung, T.I, p. 88-89; **Zlateric**, Droit pénal international, p. 339; **Jescheck**, in Maurach Festschrift, p. 584.
140. Ver: **Grützner**, in Rev. int. de d. pén. 1960, p. 1-2.
141. Art. 1o. de la Ley de extradición de 1888 y art. 345 del Código de procedimientos Penales.
142. Principes, p. 250.
143. Ver supra No. 47, b.
144. Ver supra No. 54.
145. Esta circunstancia ha sido modificada por los artículos 6, inc. 1o. C.P., y 8 C.P.P., en los que se admite la aplicación de la ley más favorable (nacional o extranjera) para determinar si la acción penal ha prescrito.
146. Ver: **Jiménez de Asúa**, La ley y el delito, p. 223.

#### 4. La aplicación de la ley penal en el tiempo

##### 56. La ley y el tiempo.-

Desde dos perspectivas se pueden analizar las relaciones del derecho con el tiempo. Primero, teniendo en cuenta que es un componente de situaciones jurídicas; y, segundo, considerando la temporalidad, la historicidad del derecho (1).

Antes de proseguir, debemos consignar aquí que los temas estudiados, tradicionalmente, bajo el rubro de ámbito temporal de vigencia de la ley penal, se ubican en esta última perspectiva.

Es evidente que las normas jurídicas tienen un ciclo vital. Cada sistema jurídico contiene reglas que determinan las circunstancias en que aparecen y desaparecen las normas legales. El capítulo III del título IV de nuestra Constitución se refiere a la formación y promulgación de leyes y su art. 105 ordena que "la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo de disposición contraria de la misma ley".

Normalmente, la validez temporal de las normas legales es indefinida ya que tienen la "sorprendente capacidad de sobrevivir a quienes las hicieron y a quienes las obedecen". Vale decir, que "pueden tener una limitada relación temporal; no necesitan limitarse al futuro o a actividades futuras de un legislador, sino que pueden referirse, igualmente, al pasado y vincularse a actos legislativos de un legislador del pasado" (2).

##### 57. Derogación y desuso de la ley penal.-

De acuerdo a nuestra legislación una ley sólo puede ser derogada mediante otra ley (art. I del título preliminar del Código Civil). El desuso (desuetudo) no puede dar lugar, en momento alguno, a la derogación de una ley (3).

Esto explica, muy claramente, el hecho de que una ley dictada muchos años atrás - a pesar de su no aplicación - constituye derecho vigente. Como ejemplo folklórico de este fenómeno, cita **Hart**, el caso - sucedido en 1944 en Inglaterra - de una mujer acusada y juzgada por actos reprimidos por una ley sobre brujería que fue dictada en 1735.

En nuestro medio, no podría afirmarse de que un juez comete prevaricato al sancionar, de acuerdo al art. 390, inc. 3o., C.P., a quien se encuentre "en la vía pública en estado de evidente embriaguez"; a pesar de que tal disposición, a nuestro conocimiento, jamás ha sido aplicada (4). La presencia frecuente en la vía pública de personas en estado de evidente embriaguez y la no aplicación de la ley, no comporta la derogatoria de ésta. Lo mismo puede afirmarse en relación con las disposiciones que regulan la aplicación de las medidas de seguridad, que nunca han sido aplicadas, salvo las concernientes al internamiento de delincuentes inimputables. Si el Gobierno construyera los locales necesarios, no necesitaría, dictar nuevas disposiciones legales, porque las contenidas en el Código Penal no han sido derogadas por desuso (5).

##### 58. Tempus regit actum.-

La ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia: *tempus regit actum*. Este principio general no ha sido establecido, expresamente, por nuestro legislador, como lo han hecho otros (6). Por ejemplo, los autores del C.P.T., han estatuido, en el art. 7, que "los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización". Esta norma no ha sido incorporada en el Proyecto de 1985 (agosto). Sus redactores siguen, en este dominio, más de cerca al código vigente.

La regla *tempus regit actum*, se halla implícitamente enunciada en los arts. 2 y 3 C.P. (57 de la Constitución), que norman el principio de la legalidad. Según este principio, se ha de determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción le corresponde al agente, de acuerdo a la ley vigente, en el momento de su ejecución.

El legislador ratifica tal exigencia al disponer en el art. 187, pf. 2, de la Constitución, que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente". Esta excepción presupone - como regla general - la aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del acto.

La certitud, de un lado, de la vigencia de la ley en el momento de la ejecución del acto; y, de otro lado, del instante en que éste se ejecutó, son elementos necesarios para la determinación de la ley aplicable. Es decir, no existen imprecisiones respecto a la sucesión temporal de las leyes penales. Si esta situación se presentase, debido a una deficiente técnica legislativa, toda duda debería ser resuelta de acuerdo a "lo más favorable al reo". En la Constitución (art. 233, inc. 7), se hace referencia de manera amplia, a la aplicación de lo más favorable al reo "en caso ... de conflicto en el tiempo de leyes penales". Esta norma constituye una ratificación de la retroactividad benigna de la nueva ley (consagrada en el art. 187 de la Constitución) y, al mismo tiempo, una referencia a la ultractividad benigna de la ley antigua. El conflicto de leyes penales en el tiempo es, justamente, materia de las reglas sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo.

Dos observaciones deben hacerse para mayor claridad de lo expuesto. Primera, esta regla no se aplica en caso de dudas sobre la interpretación de la ley. Si otro hubiera sido el criterio admitido, se hubiera utilizado, al elaborarse la norma citada, la fórmula empleada con relación al derecho laboral. Según el art. 57, pf. 2o., de la Constitución, "en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador". La segunda observación, se refiere a que es distinto el caso cuando existen dudas sobre los hechos imputados al procesado. Se trata del principio procesal *in dubio pro reo*, previsto en la primera parte del art. 233, inc. 7, de la Constitución ("la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda ...") (7).

### **59. La irretroactividad de la ley penal.-**

*Tempus regit actum* e irretroactividad de la ley penal son, en realidad, el anverso y el reverso de una misma moneda.

Como ya hemos señalado con anterioridad (8), un efecto importante del principio de la legalidad es la irretroactividad de la ley penal. Esto es confirmado por la prohibición que en términos absolutos establece el art. 187 de la Constitución, antes citado.

El art. 25 de la anterior Constitución prohibía, al contrario, de manera absoluta la retroactividad de toda ley. Esta manera de formular tal prohibición (9), común a varias legislaciones, condujo a algunos juristas a cuestionar la legalidad de la disposición que estatuye la retroactividad de la ley más favorable (10).

La inconsistencia de esta opinión era evidente cuando se tenía en cuenta que el fin perseguido por el legislador en la norma constitucional era el de garantizar la seguridad de las personas y que, por tanto, no podía ser interpretada sino en el sentido de que "se refiere a la inaplicabilidad de la ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho" (11). El nuevo texto de nuestra Constitución elimina, en nuestro medio, toda duda.

Del principio de legalidad (arts. 2 y 3 C.P. y 2o., inc. 20, pf. d, de la Constitución) se deduce, fácilmente, que la prohibición de la retroactividad de la ley se dirige al juez. En materia penal significa que éste podrá considerar como delito un acto sólo cuando haya estado previsto, antes de su comisión, en la ley. Sin embargo, no aparece muy clara que esta prohibición se refiere al legislador, como acontece con la prohibición de retroactividad contenida en el art. 187 de la Constitución. Es evidente que el legislador al dictar esta última norma, autolimitó sus facultades legislativas. Autolimitación que tiene su justificación en el afán de evitar un abuso de poder en detrimento de las personas (12).

Desde este punto de vista, se comprende, fácilmente, que la justificación de la irretroactividad de la ley penal más grave se halla en la protección de la seguridad jurídica y la libertad personal (13).

El origen de esta regla, como el del principio de legalidad, es de carácter político. Expresamente, es consagrada, por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, (art. 8) y, luego en la Constitución francesa de 1793 (art. 14). Pero, en estas disposiciones la prohibición se refería únicamente a las leyes penales. Sólo en la Constitución del 5 de Fructidor del Año III, se mencionan también las leyes civiles. Su art. 14 era muy claro al ordenar que "ninguna ley criminal o civil puede tener efecto retroactivo".

La regla de la aplicación de la ley penal más favorable fue asimismo reconocida en el Derecho de la Revolución Francesa. Se le incorporó de manera accesoria en los nuevos códigos o leyes; por ejemplo, en el Código penal del 25 de setiembre de 1791.

#### **a) Nociones fundamentales:**

Si todos los delitos fueran instantáneos y si la reacción social (juzgamiento y ejecución de sanción) contra los autores fuera inmediata, casi no se presentarían problemas en relación a la sucesión de las leyes penales en el tiempo.

Esto no sucede en la realidad, diversos son los casos en que la acción delictuosa es descrita por el legislador como un hecho que tiene lugar en un lapso determinado (delito continuado, permanente, etc.); todo proceso penal puede durar un tiempo excesivamente largo antes de que culmine con una sentencia cuya pena es, generalmente, la privación de la libertad por cierto tiempo. De modo que la ley vigente puede ser modificada o derogada mientras se comete la infracción, durante el desarrollo del proceso penal o la ejecución de la penal impuesta.

Para resolver los problemas a que esto da lugar, el legislador ha elaborado una serie de reglas que comprenden los títulos III del Libro primero (Aplicación en el tiempo de la ley penal) y I del libro cuarto del Código Penal (Relación entre el Código Penal y la legislación anterior).

La comprensión del sentido de cada una de las reglas contenidas en dichas disposiciones, presupone la determinación de lo que significan las expresiones ley penal y ley más favorable.

#### **b) La ley penal y su modificación:**

La expresión ley penal comprende todas aquellas normas legales que determinan la situación jurídica de un delincuente y de la cual depende la posibilidad, el tipo y la forma de su punición (14). Es decir, no sólo las disposiciones que describen los actos delictuosos, como las de la parte especial del Código Penal o las de las leyes complementarias, sino también las contenidas en la parte general. Dentro de estas es de señalar, a manera de ejemplo, las referentes a las causas de justificación, de inculabilidad y a las clases de pena.

Las modificaciones a la ley penal pueden ser directamente realizadas por el legislador, o pueden ser el resultado indirecto de la dación de una ley, que no pertenece al derecho penal sustantivo. Numerosos son los casos de la primera clase en nuestro medio, basta pasar revista a los últimos decretos legislativos de carácter penal. Son raros, por el contrario, los que podrían ser clasificados en la segunda. Recordemos, como ejemplo, la Ley 13674 de 25 de julio de 1961, que en su art. 10. modificó el art. 12 C.P.P. en el sentido de que los "Jueces de Paz instruirán los procesos por faltas contra el cuerpo y la salud que requieran asistencia facultativa o produzcan impedimento de trabajo hasta por ocho días ..." (15). De esta manera, tratándose de determinar la competencia de los jueces se variaron los elementos de tipo legal del art. 384 C.P., conforme al cual se consideraba falta contra la vida, el cuerpo y la salud el entregarse "a vías de hecho contra otro, sin causarle daño corporal ni afectar su salud ...". Es decir, que no sólo las "vías de hecho" deberían ser consideradas faltas sino también ciertas lesiones leves cuyos autores antes debían ser reprimidos según el art. 166, primer párrafo.

El D. Leg. 121 ha derogado el art. 12, antes citado. Al mismo tiempo, ha modificado el art. 386 C.P. que reprime las faltas contra el patrimonio. En esta disposición, se establece, como límite entre delito y falta, que el valor del bien apoderado ilegítimamente o del daño causado sea equivalente a dos sueldos mínimos vitales de la Provincia de Lima. La variación de la norma administrativa que fija el

monto del sueldo mínimo, comporta la modificación de los alcances del art. 386. Lo mismo sucedería, si se modificase, mediante una norma administrativa (conforme la disposición complementaria No. 86 del D.L. 22095), las listas I y IIA referentes a las drogas que son objeto de tráfico ilícito. La disposición mencionada dice: "La inclusión de una nueva sustancia o la exclusión de alguna de las comprendidas en las listas anexas, podrá hacerse por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Salud. Esta norma de inferior jerarquía es inconstitucional.

Hipotéticamente, podría presentarse un caso de este tipo de modificaciones si el legislador cambiase las disposiciones civiles sobre el derecho de posesión o propiedad. Algunos delitos contra el patrimonio, como la apropiación ilícita, podrían ser modificados en sus elementos (16). En todo caso, importa que la modificación de la ley extrapenal represente una alteración verdadera de la norma jurídico penal. Así, la ley que declare fuera de circulación uno de los tipos de papel moneda de curso legal en el País, no puede determinar que los actos de falsificación de la moneda excluida ya cometidos dejen de ser considerados como delitos. En este caso, no varía la norma penal, el objeto de la tutela penal sigue siendo el mismo (la moneda) (17).

Por el contrario, en el caso de las faltas contra el patrimonio o del tráfico ilícito de drogas, las modificaciones practicadas o posibles de realizarse producen una alteración de la represión penal: transformando, de un lado, en faltas acciones que son delitos y, de otro lado, en delitos acciones que no eran y viceversa, según que se incluya en la lista una nueva droga o se excluya alguna de las previstas.

También han de considerarse dentro de las modificaciones de la ley penal aquellas que son una variación de la ley que completa una ley penal en blanco. Por ejemplo, si se modifican las disposiciones civiles a que hace referencia el art. 242, inc. 1o., C.P. (18); o si se modifican arts. de la Ley de Bancos que fijan los tipos de interés y modalidad de préstamos con garantía hipotecaria, que son determinantes, según el art. 2 del D.L. 11078 del 5 de agosto de 1949, para la configuración de ciertas formas del delito de agio y usura.

### **c) Leyes interpretativas y correctoras.-**

Existen dudas, por el contrario, para considerar como "nueva ley penal" las denominadas leyes interpretativas y leyes correctoras.

Un ejemplo de estas últimas es el D.L. 18140 del 10 de febrero de 1970 mediante este Decreto, se corrige la omisión de una palabra, en que se había incurrido en el art. 3 D.L. 17388 del 24 de enero de 1969, al disponerse la modificación del art. 199 C.P. Este error tenía como consecuencia que se fijaban dos sanciones diferentes para la forma agravada del delito de violación de menores que tuvieran entre 7 y 16 años de edad, y ninguna para la norma simple. El decreto ley que corrige dicho error puede ser considerado como parte del primero, ya que no comporta ningún cambio sustancial en las disposiciones de éste. Quien hubiese violado a uno de los indicados menores, no podía alegar impunidad en razón a que las leyes penales son irretroactivas (19).

En cuanto a las leyes interpretativas, la solución no puede ser idéntica. Y su explicación es que mediante ellas el legislador puede, en realidad, modificar sustancialmente una ley penal, ampliando su campo de aplicación.

Al estudiar el principio de legalidad (20), hemos constatado cómo el legislador peruano, mediante la reglamentación de ciertos decretos leyes que contienen normas penales, da una verdadera interpretación de estas últimas y llega a ampliar sus alcances. Recordemos el caso del D.L. 19609 del 21 de noviembre de 1972, que en su art. 5 estatúa la represión penal de la "persona responsable de la conducción de las instituciones de salud públicas y privadas", cuando en los establecimientos a su cargo no se preste "atención médico-quirúrgica" a las "personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida", a consecuencia de situaciones de emergencia; y como en el reglamento, el legislador dispuso en el art. 8 del Decreto Supremo 0023-73-SA del 25 de enero de 1973, que es responsable de este delito el "médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente, "solidariamente con los representantes de la Institución". De esta manera precisó quiénes son las "personas responsables de la conducción de las instituciones de salud". Pudo haber señalado someramente, también, a otras, que por diferentes motivos considerase necesario reprimir. El recurrir

a esta técnica legislativa constituye un abuso de poder, por lo que en los casos en que se presenta y sean admitidos las nuevas disposiciones, éstas deben ser sometidas a las reglas de la validez temporal de la ley (21). Las disposiciones citadas han perdido relevancia penal, pues la sanción prevista para los responsables ha sido suprimida, indirectamente, al ser derogadas mediante el D. Leg. 121, art. 12 las disposiciones del Código Sanitario a las que el D.L. 19609 hacía referencia. Estas circunstancias hacen de este caso un buen ejemplo de la deficiente técnica legislativa usada, frecuentemente, entre nosotros.

#### **d) Leyes procesales y de ejecución penal:**

En doctrina, se admite, generalmente, que la expresión ley penal no comprende a las leyes procesales y a las leyes sobre ejecución de penas.

Por la multiplicidad de problemas que implica este criterio, lo estudiaremos en acápite aparte, en este mismo capítulo (22).

#### **e) Ley penal más favorable:**

En el art. 7 C.P., el legislador dispone que las "modificaciones de la ley penal" que "fuesen más benignas" se aplicarán en la sentencia y, en el art. 8, que "las modificaciones de la ley penal" limitarán la pena impuesta conforme a la ley más favorable".

Ambas disposiciones no son claras, en la medida en que las expresiones utilizadas por el legislador no indican con exactitud si se ha de tener en cuenta la nueva ley favorable in toto o si, por el contrario, es posible aplicar únicamente las disposiciones más favorables que contiene.

Estas dudas no se hubieran planteado, si el legislador se hubiera limitado a establecer, que la ley penal dictada después de la perpetración del hecho punible (después de la sentencia o durante la condena) se aplicará si fuere más favorable que las leyes anteriores. Pues, de lo que se trata no es de aplicar una tercera ley que no existe y constituida por las disposiciones de ambas leyes, favorables al procesado (23). En este sentido, se dispone - en el art. 5, pf. 2o., in fine, del Proyecto de 1985 (agosto) - que "no se puede recurrir a leyes de diversas épocas para lograr, con su aplicación conjunta, una regla más favorable".

El problema consiste, más bien, en escoger una de las leyes. Al momento de sentenciar, el juez ha de considerar como hipotéticamente coexistentes las leyes que se han sucedido desde el momento de la comisión de la infracción (24) y deberá compararlas no in abstracto sino in concreto. El texto legal se refiere a las modificaciones de la ley, con lo que implícitamente comprende las leyes intermedias. En el Proyecto de 1985 (art. 5. pf. 10), se hace referencia expresa a éstas.

Es decir, que ha de determinar la situación del inculpado de acuerdo a las dos o más leyes en cuestión, y escogerá aquella que lo favorezca más en el caso concreto. Esto es debido a que la comparación de las leyes no se realizará en base a un sólo elemento, como por ejemplo la pena, sino a todos aquellos de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición (25). El juez se pronunciará, pues, en relación al caso concreto, de acuerdo al conjunto de disposiciones de cada una de las leyes en cuestión.

Una ley que disminuya la penal prevista en una ley anterior, podría ser considerada en abstracto más favorable; pero, en el caso concreto puede revelarse menos benigna si es que no autoriza, por ejemplo, la concesión de la condena condicional o de la libertad provisional. Diversos casos se presentaron cuando el Código Penal vigente reemplazó al Código de 1863; por ejemplo: los arts. 315 y 320 del Código derogado establecían penas menores que el nuevo código (2 ó 3 meses de arresto mayor y multa); pero dicho código (2 ó 3 meses de arresto mayor y multa); pero dicho código no preveía la condena condicional. Es en el caso concreto que el juez debía decidir la aplicación de una u otra ley.

Es evidente que en muchos casos, se puede afirmar, en principio, que una ley sea más favorable que otra. Así en nuestra legislación el Código Penal era una ley más benigna que la Ley 10202 del 22 de

junio de 1945 (derogada por D.L. benigna que la Ley 10202 del 22 de junio de 1945 (derogada por D.L. 20581 del 9 de abril de 1972). Si bien, esta ley disponía que el delito de abigeato debería ser reprimido conforme a los arts. 237, 238 y 239 C.P.; contemplada taxativamente, entre otras cosas, que "en el juzgamiento del abigeato no procederá la condena condicional ni se concederá libertad provisional".

En resumen, podemos afirmar que la ley más favorable, comparada con otra u otras leyes, es aquella que aplicada al caso particular (**in concreto**) y en todas sus disposiciones (**in globo**) conduce en definitiva a un resultado más favorable para el inculpado. Por esto, justamente, consideramos como inoportuno el análisis de determinados casos abstractos que realizan ciertos autores, con el fin de extraer reglas abstractas que realizan ciertos autores, con el fin de extraer reglas generales. Esto puede conducir a malos entendidos y a errores.

## **60. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar.-**

### **a) Fundamentos:**

Ya hemos visto (26) que el punto de partida de nuestro legislador es el principio *tempus regit actum*. Es decir, que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión de la infracción. En el numeral 7, párrafo 10., se consigna como excepción la "retroactividad de la ley más favorable", dictada después de la perpetración del hecho punible. De esta manera, confirma implícitamente la regla de que la ley aplicable es la vigente al momento del acto y su ultractividad en caso de que la nueva ley sea más severa. Se trata, pues, de la solución clásica adoptada en la mayor parte de las legislaciones (27). Lo mismo puede decirse respecto al art. 5, pf. 2o., del Proyecto de 1985 (agosto). Esta disposición hace referencia, a diferencia de la ley vigente, a las modificaciones realizadas durante la ejecución de la sentencia.

La justificación para aplicar la ley posterior más favorable es de naturaleza político-criminal. Si en este caso, se pretendiera seguir naturaleza político-criminal. Si en este caso, se pretendiera seguir aplicando la ley vigente en el momento de la comisión del acto, se reprimiría al agente en virtud de una "concepción jurídica desechada por el mismo legislador" (28). Esto es en particular evidente, cuando el legislador descriminaliza un comportamiento determinado.

Habría sido una grave injusticia, el castigar en virtud del art. 100 del Código derogado, a quien celebró, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, "actos públicos de un culto que no sea el de la Religión católica, apostólica, romana". Ya que nuestro legislador consideró innecesario seguir reprimiendo esta clase de "delitos contra la religión", y se orientó, en cambio, hacia una concepción laica y liberal, al proteger, de manera general, en el nuevo código (art. 284) las "convicciones de otro en materia de creencia"; aún las del ateo.

### **b) Descriminalización de una acción:**

Sin duda alguna que la descriminalización de un comportamiento por la nueva ley es un caso de aplicación de la ley más favorable. A pesar de que por esta razón podía considerarse este caso resuelto en el art. 7, primer párrafo, el legislador peruano ha creído conveniente estatuir expresamente, una regla en el art. 9, ab initio: "Nadie puede ser penado por un hecho que según la ley posterior no constituye delito". En el Proyecto de 1985 (agosto). se repite esta misma disposición.

Si la comisión del acto es conocida sólo después de entrada en vigor la nueva ley, el juez instructor no podrá abrir instrucción (29). Si el proceso penal está en trámite, "se sobreseerá en el juicio" (30).

De acuerdo a nuestra legislación, pues, no cabe recurrir al art. 7 C.P. para declarar la no represión del autor. La aplicación de esta disposición presupone, pues, que el acto sea reprimido, por ambas leyes (31). Sólo entonces procede una comparación y la determinación de la benignidad de una de ellas (32).

### **c) Momento de realización de la infracción:**



El párrafo primero del art. 7, se refiere a la variación de la ley penal posterior a "la perpetración del hecho punible". Por esto es indispensable que se fije en qué momento ha de considerarse la infracción como "perpetrada".

Ante todo, debemos tener presente que la determinación del momento de la comisión del acto es importante para diversas instituciones jurídicas. El criterio a adoptarse no puede ser unitario, ya que estas instituciones son de diversa naturaleza y variados son, igualmente, sus fines. Así, deberá distinguirse, en cuanto se trate de precisar el momento según el cual se determinará la imputabilidad, la peligrosidad del encausado, el inicio de la prescripción de la acción penal, etc.

Sólo el análisis de cada uno de estos institutos, a través de la especificación de sus características y de su "*ratio*", en especial del rol que en ellos tiene el factor tiempo, puede proporcionar los elementos necesarios a la solución (33).

Tampoco debe confundirse este problema con el de la determinación del lugar de comisión de la infracción, importante para resolver los casos de aplicación de la ley en el espacio.

Con justeza afirma **Siniscalco** que no existe en realidad ninguna imposibilidad en el plano lógico, para determinar el tiempo de comisión del acto de manera diversa al lugar de comisión (34).

Por estas razones, es de considerar equivocada la opinión dominante en Suiza, según la cual ha de aplicarse la teoría de la ubicuidad, consagrada en el art. 7 del Código suizo, para precisar el tiempo de comisión del acto. Es decir, que éste sería tanto el momento de la comisión del acto como el de la producción del resultado (35).

El Código Penal peruano no contiene disposición alguna, en la que se resuelve expresamente este problema (36). Por el contrario, en el Proyecto de 1985 (agosto), art. 6, se dispone que "se considera cometido el hecho punible en el momento de la acción u omisión, aunque otro sea el del resultado".

En el párrafo primero del art. 7 C.P., se emplea la expresión "perpetración del hecho punible", que es semejante a la utilizada en el art. 4 "comete (comisión) una infracción". Si bien al interpretar esta última disposición, afirmamos que no significaba consumir la infracción y que nos permitía aceptar la teoría de la ubicuidad, no es posible entender de la misma manera la expresión empleada en el art. 7.

El criterio aceptado para determinar el lugar de comisión de la infracción no es idóneo para resolver en qué momento fue ejecutada. Ambos problemas son de naturaleza distinta, como diversos son, igualmente, los fines perseguidos por el legislador mediante las disposiciones con que trata de regularlos.

Con las normas referidas a la validez espacial de la ley, el legislador trata de asegurar la persecución penal y, de esta manera, proteger mejor determinados bienes jurídicos (estabilidad e integridad del Estado, bienes de nacionales lesionados en el extranjero, etc.). La aceptación de la teoría de la ubicuidad en este dominio, evita la existencia de conflictos de competencia negativos entre diferentes Estados (37).

Las reglas sobre la validez temporal de la ley, tienden - partiendo del principio de legalidad - a completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal. Es por esta razón que, aceptamos la opinión dominante en la Doctrina que considera como momento de ejecución del acto el de la perpetración de la acción por parte del agente o copartícipes; y, en caso de omisión, en el que hubiesen debido actuar. Esta opinión tiene - y esto es lo fundamental - base en nuestra ley. Nuestro legislador al regular el principio de legalidad, del cual se deduce la regla general del "*tempus regit actum*", se refiere al tiempo en que fue cometido el "acto u omisión". No de otra manera, debe comprenderse la expresión "perpetración del hecho punible" contenida en el art. 7. El elemento temporal presente en el principio de legalidad es el mismo que el existente en esta disposición.

En ambos casos es determinante el momento en que el agente hace u omite y no el instante en que tiene lugar el resultado.

La determinación de lo que significa "perpetración del hecho punible" es importante en nuestro medio, porque la ley no admite el criterio de que la ley aplicable es la vigente en el momento de la sentencia (38). Del párrafo 1o., del art. 7 (39), se deduce, claramente, de que la ley aplicable en la sentencia es la anterior (vigente en el momento de la comisión del acto), sólo por excepción se aplica la nueva (mas favorable). Además, nuestra ley habla de modificaciones de la ley; es decir, que el legislador ha previsto que la ley puede variar más de un vez. En este caso las leyes que deben compararse son, por ejemplo, las vigentes en el momento de la comisión del acto, del resultado y de la sentencia.

#### **d) Modificación de la ley durante la ejecución del delito:**

En el primer párrafo del art. 7, se contemplan sólo los casos en que la modificación de la ley se produzca después de la perpetración del hecho punible, con lo que se deja sin respuesta los interrogantes que aparecen cuando la modificación se realiza mientras la perpetración de la acción tiene lugar. Esto es posible en los casos en que la acción delictuosa se prolonga en el tiempo, ya sea que el tipo legal singular lo prevea (delito continuo o permanente; por ejemplo: secuestro, art. 223) (40), o que, mediante una ficción, una pluralidad de acciones sea transformada por el legislador en un delito único (delito continuado, art. 107) (41) o que para la configuración de la infracción, el legislador exija una habitualidad por parte del agente (por ejemplo, el delito de ejercicio ilegal de la medicina, art. 280 C.P.).

En cuanto al delito continuado, la legislación, la jurisprudencia y la mayoría de juristas alemanes afirman que son los últimos actos los determinantes y que, por lo tanto, es de aplicación la nueva ley (42). Esta opinión nos parece inaceptable de acuerdo a nuestro derecho positivo. Su admisión implicaría ignorar la finalidad originaria de esta institución: evitar la severidad de la represión en ciertos casos de reiterancia. Este criterio ha sido admitido por nuestro legislador (43).

Si se aceptara que la nueva ley más severa fuera aplicable por que los últimos actos fueron cometidos después de su entrada en vigor, y para esto se arguyera que se trata de un sólo delito, se iría contra la clara y determinada finalidad de tal figura jurídica. Tampoco cabe aceptar que la entrada en vigor de la nueva ley determina un fraccionamiento del delito continuado, debido a que esto exigiría de parte del autor una nueva decisión. De esta manera desaparecería la unidad de resolución requerida para la configuración criminal". De modo que los actos cometidos durante la vigencia de la nueva ley deben ser reprimidos conforme a ésta, sea o no más severa que la anterior; y los actos anteriores de acuerdo a la regla de "la ley más favorable".

Tal fraccionamiento del delito continuado implica la aceptación de la presunción que toda persona conoce la ley. En nuestra opinión no es conveniente recurrir a más ficciones y es necesario tener en cuenta la finalidad de la regla que regula el delito continuado. En nuestro ordenamiento, se trata de atenuar la pena, por lo que debe aplicarse "la ley más favorable" entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia (44).

En relación a los delitos permanentes, la situación es más compleja. Históricamente, su configuración no se orienta a evitar la severidad en la represión.

Se trata, como en el caso del delito continuado, de un solo delito; pero la determinación de las infracciones que merecen tal calificativo depende de la descripción contenida en el tipo legal. Ejemplo típico de delito permanente es el secuestro (art. 223 C.P.). El autor crea una situación antijurídica y, mediante actos u omisiones, la mantiene o no la hace cesar (45).

La aplicación de la nueva ley, cuya vigencia comienza mientras persiste dicha situación antijurídica, es defendida por aquellos que tienen en cuenta, en primer lugar, la voluntad del agente en seguir cometiendo la infracción (46).

Teóricamente, se puede considerar correcta esta opinión. Pero, su aceptación conduciría a dejar en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de la represión de estos delitos. Modificación que, dadas las circunstancias, constituye, muchas veces, una reacción inmediata, apresurada y desmesurada. Tal fue el caso de la Ley 15590 del 20 de agosto de 1965, en la que se considera como autores del delito de traición a la patria a quienes comentan, "para

proporcionar recursos a las guerrillas", delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio, y se establecen como penas las de prisión o penitenciaría no menor de 10 años, la de internamiento o muerte; al mismo tiempo que se declara inaplicable en estos casos el art. 148 C.P., que prevé la atenuación de la pena para los menores de 21 años y mayores de 18 años (imputables relativos). Además, dispone que los extranjeros serán reprimidos con pena de muerte, aun cuando hayan sido meros cómplices (art. 1).

La aplicación de esta ley, ahora parcialmente derogada, a comportamientos iniciados antes de su puesta en vigor, hubiese sido injusta; en particular, si se tiene en cuenta que se trataba de la agravación de la pena para casos consistentes en la comisión - con un motivo determinado - de infracciones ya previstas por la ley.

La nueva ley que haga más severa la pena de un delito permanente, en razón de una circunstancia agravante específica, será aplicada sólo si ésta ha tenido lugar después de su entrada en vigor, aun cuando esa agravante ya había sido prevista. Cometida antes de que se dicte la nueva ley más severa, será aplicada sólo la ley anterior.

Veamos un ejemplo: suponiendo que en el inciso 3o. del art. 223 C.P., no se hubiera previsto como agravante la circunstancia de que la "secuestación (sic) ha durado más de un mes"; si una ley la hubiese establecido después de transcurrido este lapso, no podría ser aplicada. Tampoco si la duración establecida como agravante es cumplida mediante la adición del tiempo de ejecución anterior y posterior a la dación de la nueva ley. Es indispensable que el agente incurra en la nueva circunstancia agravante, luego de ser puesta en vigencia la ley que la establece, a fin de que pueda ser reprimido conforme a la pena más severa que ésta última fija.

Nuestra preocupación de limitar el poder punitivo del Estado, nos conduce a sostener la aplicación de la ley más favorable en el caso de que la variación tenga lugar durante la comisión de una acción de naturaleza igual a la de los delitos permanentes, que hasta entonces era impune o que desde entonces deja de serlo. La producción de estas situaciones no es muy frecuente, y cuando se da la primera cabe preguntarse sobre la oportunidad y conveniencia del acto legislativo.

Aquí, nos parece aún oportuno referirnos al caso del llamado delito de "huelga de hambre" (reprimido por el art. 185, inc. h, del Código Sanitario, derogado por el D. Leg 121). Fuera de los casos patológicos, el no ingerir alimentos es el último medio de protesta y un instrumento en los movimientos reivindicativos de carácter político-social. Por esta razón, la aplicación de la nueva ley, puede significar o tener por objetivo obtener la sumisión, mediante la pena, de quien se siente lesionado en sus derechos.

Además de estos criterios de política criminal, es de considerar que desde un punto de vista jurídico, el delito permanente es un solo delito; el cual no puede fraccionarse por la dación de una nueva ley. Para que se aplique ésta es necesario, según nuestro ordenamiento, que el acto delictuoso haya sido cometido después (*nullum crimen sine lege*).

No existiendo una disposición expresa, como la del Código alemán: art. 2, párrafo 2o., no consideramos conveniente adoptar una solución diferente para estos casos intermedios.

Cuando para la configuración del delito es necesario que el agente cometa habitualmente el acto reprimido (ejercicio ilegal de la medicina, art. 280 C.P.), se debe diferenciar, igualmente, si la nueva ley no hace sino agravar la pena o si estatuye su criminalización.

En este último caso, para reprimir al autor es necesario que haya cometido - durante la vigencia de la nueva ley - un número determinado de actos, de modo que sea posible afirmar su habitualidad. Los actos en que pudo haber incurrido antes no son de considerar porque eran tenidos por permitidos. Por el contrario, si ya se les tenía por delictuosos, basta que el agente cometa uno durante la vigencia de la nueva ley (más severa).

## **61. Modificación de la ley penal y cosa juzgada.-**

### **a) Introducción:**

Hasta ahora hemos analizado los casos en que las leyes se suceden en el lapso comprendido desde el momento de la comisión del acto y el momento, en que se sentencia. Si bien no hemos aclarado cuál era ese momento, se comprende, fácilmente, que se refiere al de la sentencia definitiva. Es decir, de aquella que crea la denominada cosa juzgada; la sentencia es firme por el vencimiento de los plazos fijados para impugnarla o porque los recursos presentados con este fin son declarados inadmisibles o infundados.

Por esto, cuando la Corte Suprema conozca de una sentencia dictada por un tribunal correccional, debido al recurso de nulidad presentado por el condenado, deberá aplicar la nueva ley que se dicte antes de que absuelva el grado.

En doctrina se ha discutido mucho en torno a los efectos que pueden tener las modificaciones de la ley penal sobre las sentencias ya dictadas; mejor dicho, sobre la cosa juzgada. Generalmente, se admite su ineficacia, en razón a la intangibilidad de la cosa juzgada; es el criterio imperante en Francia (47) y en (48) Alemania. En Italia, se le reconoce eficacia sólo si la nueva ley descriminaliza el comportamiento por el que se impuso la condena (49); lo mismo acontece en el derecho suizo (50).

Un criterio completamente distinto prima en el ordenamiento español desde 1870; fecha en que legislativamente se reconoció sin restricciones la modificación de las sentencias firmes por la dación de una nueva ley favorable (51). Esta concepción es la admitida en nuestra legislación. En el art. 9 C.P., se establece que "las penas impuestas en aplicación de una ley anterior, se extinguen en tanto que no hayan sido ejecutadas, si la ley posterior no reprime el acto en razón del cual la condena se hubiera pronunciado" y en el art. 8 se estatuye que "las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena, limitarán la pena conforme a la ley más favorable".

El antecedente legislativo nacional de esta última disposición es el art. 8 del Proyecto de 1916. No figuró en los proyectos de 1877 y 1900-1902, a pesar de que sus autores siguieron el modelo español. En estos proyectos se reconoció, únicamente, influencia a la nueva ley cuando se dejaba de considerar delito el acto por el que se dictó sentencia condenatoria (52). En el Proyecto de 1985 (agosto), art. 5, pf. 3; se prevé la limitación de la pena conforme a la ley más favorable dictada durante la ejecución de la condena. El art. 5 del mismo proyecto estatuye que si la ley posterior no reprime el acto en razón del cual al condena se ha pronunciado, se extinguen las penas impuestas en tanto no hayan sido ejecutadas.

### **b) Aplicación de la ley más favorable:**

El art. 8 C.P. constituye una excepción a la regla consagrada en la Constitución sobre la casa juzgada. En el art. 233, inc. 11, de la Carta política se "prohíbe revivir procesos fenecidos".

Esta excepción se justifica por la naturaleza de los bienes que son afectados por una sentencia penal; por la inutilidad de seguir reprimiendo con la misma pena un acto que - según la nueva concepción del legislador - merece un tratamiento menos severo o que no merece seguir siendo considerado como delictuoso; y porque el formulismo de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede tener los mismos alcances en materia penal y en civil. El diferente tratamiento que se debe dar a la cosa juzgada en lo civil y en lo penal, ya fue destacado por nuestro legislador en la Exposición de motivos del anteproyecto del Código de Procedimientos Penales (53). Y lo hizo con el fin de justificar la permanencia del recurso de revisión, introducido en nuestro ordenamiento mediante el Código procesal de 1920. Debido, quizás, a que tuvo presente las razones avanzadas por el legislador de 1920 (54), al fundamentar el Anteproyecto del Código procesal de 1940, no hizo alusión al art. 8 del Código Penal de 1924.

El que no se tuviera en cuenta esta disposición al elaborarse el Código procesal, ha motivado que no se previera la vía procesal que permita la modificación de una sentencia firme, en base a la dación de una ley que atenúa la represión después de pronunciada la sentencia, ya que entre los casos que pueden dar lugar al recurso de revisión no se le enumera (55).

La administración de justicia no ha hecho, quizás por no haber sido exigida por los interesados o sus abogados, prueba de iniciativa y de creatividad para colmar ese vacío procesal. Claro que la mejor solución sería la legislativa, por lo que sorprende que el Ministerio de Justicia no haya propuesto un proyecto de ley, sino que haya creído suficiente y pertinente encargar, mediante el Decreto Supremo No. 017-81-JUS del 9 de setiembre de 1981, a la Corte Suprema el dictado de pautas que permitan aplicar la retroactividad benigna regulada en el art. 8 C.P. La incorrección de esta solución se agrava en razón a que, según el art. 1 del citado decreto, la regulación estaría sólo destinada a la aplicación de los D. Leg 121 y 122, dejando de lado los demás casos existentes y los que podrían presentarse posteriormente.

### **c) Alcances de la modificación de la sentencia:**

Tratándose de la modificación de una sentencia es necesario que sus alcances sean determinados por la autoridad judicial, juez o tribunal que la dictó. Obviamente, esto no puede ser tarea de la autoridad administrativa, ni puede tampoco dejar de practicarse por insuficiencia de la ley procesal.

De las disposiciones del Código de Ejecución Penal se deduce el criterio que la autoridad administrativa no hace sino cumplir con el mandato judicial. En este Código se va, conforme a la legislación moderna, aún más lejos. El control de la ejecución de las penas privativas de libertad es atribuido al juez de ejecución penal (arts. 147 a 152).

El juez o tribunal que dictó la sentencia debe proceder de oficio, aunque en la práctica se haga indispensable la solicitud del interesado o su abogado, en razón al volumen excesivo de causas a cargo de jueces y tribunales. Esto se deduce, en relación a los casos de abolición de un delito, por lo establecido en el art. 9 C.P., en el que se declaran extinguidas las penas impuestas de acuerdo a la ley anterior; y, en el inciso 1o. del art. 394 que a la letra dice: "Si el Código no reprime el acto por el cual se hubiere expedido sentencia ... la pena no podrá ser ejecutada". Para los demás casos (la ley nueva atenúa la represión), es de aplicar la misma regla. El mismo legislador la señaló para la pena de muerte impuesta en virtud del Código derogado y abolida por el nuevo Código (art. 394, inciso 2).

En realidad, las reglas contenidas en el art. 394 y demás disposiciones del título I del libro cuarto del Código Penal ("Relación entre el Código penal y la legislación anterior"), prevén casos particulares ya comprendidos en las disposiciones de la parte general que venimos estudiando. Por esto es que se les ha podido calificar de normas interpretativas (56). Tales normas no son completas porque el legislador peruano transcribió en ellas las disposiciones transitorias de los proyectos suizos. Estas normas concordaban con las pertinentes de la parte general, la cual no era idéntica a la de nuestro proyecto (futuro código vigente) (57).

### **d) Circunstancias en que se da la modificación:**

En el art. 8, se establece que la nueva ley debe intervenir "después de la sentencia o durante la condena". La fórmula española se refiere a que "hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena"; de modo que la fórmula peruana es más amplia. Según ésta, se aplicará la nueva ley favorable aun a los casos en que el condenado no hubiere, por diferentes motivos (por ejemplo: fuga, condena condicional) comentado a cumplir con la pena que se le impuso.

De otro lado, es evidente que no comprende los casos en que la sanción ha sido ejecutada. Esto es expresamente establecido en el art. 9, que prevé el caso extremo (abolición de un delito): "las penas impuestas se extinguen ... en tanto que no han sido ejecutadas". Es decir que si han sido ejecutadas totalmente, la nueva ley no tendrá ningún efecto. El delincuente no podría considerarse lesionado y pedir una reparación de parte del Estado.

Estas consideraciones corresponden, sin duda alguna, a los casos en que se haya impuesto pena privativa de la libertad o inhabilitación, pero no a la pena pecuniaria.

Debemos observar aquí que la situación no es tan clara en relación a la pena pecuniaria, de naturaleza diferente a las demás sanciones. Podría considerarse que procedería la devolución de la suma pagada en caso de que se descriminalizará el comportamiento por el que se impuso la multa.

Un argumento en favor de tal criterio sería que una interpretación distinta puede implicar un trato diferenciado entre quien evita maliciosamente el cumplimiento de la multa y quien cumple con cancelarla: el primero sería favorecido. Si bien casos de esta clase pueden presentarse, su poca frecuencia y la posibilidad de que la multa sea convertida en prisión, no justifican un diverso tratamiento, en este dominio, de la pena pecuniaria. En los demás casos, si ha sido cumplida no tiene influencia alguna la nueva ley; si su ejecución tiene lugar por pagos parciales (art. 23), su monto será disminuido de acuerdo a la ley favorable.

La frase "limitarán a la pena conforme a la ley más favorable" no debe conducir a error y hacer pensar que la modificación de la ley debe consistir, únicamente, en la modificación de la pena. No sólo de esta manera directa puede producirse una limitación de la sanción, sino también por otros medios; por ejemplo, la incorporación de una causa de justificación: el Director de prisión condenado por delito contra la administración de justicia, debido a que concedió permiso (no autorizado por la ley) a un delincuente que aprovechó la ocasión para fugar, podrá ser dejado en libertad si durante el cumplimiento de la condena se autoriza la concesión de tales salidas. En este caso, no se hace desaparecer un tipo legal. Se trata de la causa de justificación prevista en el art. 85 C.P.: "acto permitido u ordenado por la ley".

Puede tratarse, igualmente, de una norma (p. ej. D.L. 21895) que aumenta los casos en que es posible conceder la condena condicional (eleva el límite de la pena cuya ejecución puede ser suspendida, por ejemplo de 6 meses a 2 años) o deroga una ley que no permitía su aplicación en el caso particular; por ejemplo, la Ley 10202 de 22 de junio de 1945 - sobre represión del delito de abigeato - derogada por D.L. 20581 del 9 de abril de 1974 (58).

Casos de esta naturaleza son más frecuentes, en nuestro medio, que los de una atenuación de la pena. La orientación de nuestro legislador tiende por el contrario, a la agravación de las penas.

## **62. Modificación de la ley y las medidas de seguridad**

### **a) Aplicación retroactiva**

En relación a las medidas de seguridad y de educación tutelar comprendidas en los títulos IV, XIV y XVIII del libro primero del Código Penal, el párrafo 2o. del art. 7 estatuye que "se aplicará la ley vigente en el momento en que deban ser ejecutadas". El mismo criterio se ha adoptado en el Proyecto de 1985 (agosto). Sus redactores se limitan a proponer modificaciones formales. Según el art. 5, pf., 4, "a las medidas de seguridad se les aplica la ley vigente al momento de su ejecución".

Según Jiménez de **Asúa**, nuestro Código fue "no sólo el primero de los iberoamericanos, sino de cuantos se han puesto modernamente en vigor que enclavó en su texto una regla expresa sobre esta materia" (59).

La no aplicación de estas medidas, a excepción del internamiento o colocación en un hospital de delincuentes inimputables (60), convierte el análisis de esta disposición casi en un asunto puramente teórico.

En primer lugar, señalemos la imprecisión en que incurre el legislador al decir "se aplicará la ley vigente en el momento en que deban ser ejecutadas". El legislador italiano se refiere, con mayor rigor al "momento de su aplicación" y al "momento de la ejecución" (art. 200, pf. 1 y 2).

Al referirse, nuestra disposición sólo al momento de la ejecución no queda en claro si puede aplicarse una medida no prevista en la ley antes de cometerse el acto que sirve de ocasión para su imposición. Esta regla presupone que haya sido impuesta una medida de seguridad; pero no permite sostener con certeza que autorice la imposición de una medida que cuando el autor actuó era inexistente.

Este criterio debe ser aceptado por quienes, como nosotros, consideran que par esta clase de medidas también rige el principio de la legalidad (61). Resulta absurdo, por lo tanto, declarar que "nadie puede ser ... condenado a pena o medida de seguridad" no establecidas, previamente al hecho punible, en la ley (art. I, título preliminar del Proyecto 1985) y, al mismo tiempo, estatuir que las

medidas de seguridad serán ejecutadas conforme a la ley vigente en el momento de su ejecución (art. 5, pf. 4, del Proyecto de 1985). Además, por no haberse establecido, respecto a las medidas de seguridad, la regla de la "ley más favorable, el juez debería, al imponer la medida, aplicar la ley vigente al momento que el procesado actuó. Pero la autoridad de ejecución debería, por el contrario, aplicar la nueva ley vigente durante la ejecución.

En doctrina y legislación se admitió la retroactividad general de las leyes que estatúan medidas de seguridad, debido a que se partía de una concepción dualista del sistema de sanciones. Dicha concepción se funda en una radical diferencia entre pena (sanción que causa sufrimiento, impuesta en relación a la culpabilidad del agente) y las medidas de seguridad (sanción de carácter preventivo que busca corregir o inoculizar al agente, impuesta en base a su peligrosidad). Se consideró que las leyes que preveían o modificaban a éstas deberían aplicarse inmediatamente, debido - justamente - a que se presumía que constituían un progreso; que favorecían al agente, y que su aplicación dependía de su carácter peligroso. Desde esta perspectiva, se debía mantener la aplicación de la medida de seguridad, aun cuando durante su ejecución se derogara la disposición que declaraba delictuoso el acto que dio ocasión a su imposición; ya que el cambio en el juicio de valor del legislador sobre dicho acto o su convicción de que ya no es necesario reprimirlo, no constituyen un cambio que pueda hacer variar el pronóstico sobre la peligrosidad del agente, elaborado en base a su personalidad y no en relación al mero acto. Acto que sólo brinda la ocasión para imponer la medida de seguridad (62).

#### **b) Criterio diferenciador:**

A pesar de la aprobación casi general que recibió la regla de la retroactividad de las leyes referentes a medidas de seguridad, diversos autores sostuvieron la necesidad de aplicarla discriminadamente. Exigían de que se tuviese en cuenta la naturaleza de cada una de las leyes que contenían medidas de seguridad que comportarán una restricción de la libertad (63). Este criterio ha ido imponiéndose en la doctrina, en la medida en que ganaba terreno la concepción de un dualismo relativo en las relaciones entre pena y medidas de seguridad (64). Esto determinó que se incorporara en la legislación de algunos países una regla, excluyendo la aplicación retroactiva de algunas medidas de seguridad. Así, en el nuevo Código penal alemán se estatuye que las disposiciones referentes a las medidas de seguridad son de aplicación retroactiva, salvo que la ley disponga lo contrario (65). Esta manera de resolver el problema fue la adoptada por la comisión que elaboró el Proyecto oficial de 1962 (art. 2, No. 6). Los autores del Proyecto alternativo de 1966 sostuvieron la aplicación total del principio de la legalidad a las penas y medidas de seguridad y, por lo tanto, sujeción de ellas a las mismas reglas referentes a "la ley penal en el tiempo" (66). Este criterio fue incorporado en el Proyecto del Código Penal austríaco de 1964 (art. 1 pf.2) y fue retomado en el art. 1o. del nuevo Código Penal (1975) (67).

La aplicación a las penas y medidas de seguridad de las mismas reglas sobre la retroactividad tiene como objetivo garantizar la seguridad de las personas (68). Sólo en cuanto su aplicación signifique un empeoramiento de la situación del agente, no se podrá aplicar retroactivamente una medida de seguridad.

La determinación de la ley favorable no se realizará mediante simples presunciones. Ha de descartarse la ficción de que toda medida de seguridad es más favorable al agente que una pena. En nuestro medio, esto es evidente en el caso del internamiento de delincuentes habituales, especialmente peligrosos.

Nuestra legislación no permite sostener el criterio admitido por el legislador austríaco y por los autores del Proyecto alternativo alemán. Sin embargo, consideramos que no admite la retroactividad absoluta de las disposiciones concernientes a las medidas de seguridad. Del párrafo segundo del art. 7, no se deduce, de manera clara (69), que pueda imponerse una medida no prevista por la ley antes de la comisión del acto delictuoso.

Esta afirmación tiene plena vigencia en relación al derecho penal de adultos porque las medidas de seguridad previstas son siempre aplicadas (post delictum). No es el caso, en cuanto al derecho de menores, en el que es posible la imposición de medidas (ante delictum) (70).

#### **63. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad.**

El Código de Ejecución Penal (D. Leg. 330) regula la aplicación tanto de penas privativas de libertad como de medidas de seguridad de la misma naturaleza. Con este objeto, se hace referencia, en forma general, al "régimen penitenciario" y al "Sistema penitenciario Nacional". Así mismo, se alude a la "Ley Penitenciaria". La inconveniencia de esta terminología es evidente; en la medida que se trata de comprender todos los aspectos de la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

Respecto al dominio temporal de la "Ley Penitenciaria", se dispone en dicho código (título preliminar, art. VII) que "la retroactividad ... se resuelve en lo más favorable al interno".

La naturaleza especial del derecho de ejecución penal y cuya finalidad es el logro del mejor resultado en la ejecución de la sanción penal, hace particularmente difícil y delicada la aplicación absoluta de esta regla. Si una nueva ley restringe los beneficios y aumenta la severidad del régimen penal previstos por la ley vigente, sólo podrá aplicarse a los internos ingresados después de dictada la ley más favorable. Así se multiplicarían los regímenes de ejecución. Nos parece mejor un criterio más flexible (71).

En este sentido, por ejemplo, un detenido no podrá considerar inaplicable a su persona una medida disciplinaria que no hubiese estado prevista en el momento en que fue condenado. Pero, no podrá ser aplicado retroactivamente, el D.L. 20490 del 24 de diciembre de 1973, que deroga el art. 194 C.P., que permitía al reo, en los casos de condena a prisión, por calumnia, difamación o injuria, y después de cumplida la décima parte de la condena, sustituir lo restante de ella por el pago de una multa de cinco soles por cada día de prisión. Esta norma a pesar de encontrarse en el Código Penal no pertenece al derecho sustantivo, sino al derecho de ejecución penal.

#### **64. Leyes temporales y excepcionales.-**

Tradicionalmente se distingue entre leyes temporales y leyes excepcionales, teniendo en cuenta si la ley misma contiene o no la fecha de su abrogación. Esta distinción nos parece artificial y, en buena cuenta, dependería de la libre voluntad del legislador. Debido a lo cual, consideramos inconveniente su admisión; sobre todo, si se tiene en cuenta las consecuencias que se derivan de ella. En realidad, se hace depender de ella la aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley. Tampoco creemos que es criterio correcto el que tiene en cuenta el carácter más o menos excepcional del evento que provoca la promulgación de la ley. No existen criterios claros para realizar esta calificación. Lo cierto es que en ambos casos la supervivencia de la ley depende de una causa exterior, haya fijado o no el legislador la fecha de la abrogación, y que ésta no comporta un cambio en su concepción del derecho penal (72). Por esto, es que debe admitirse su aplicación a actos cometidos durante su vigencia; pero juzgados con posterioridad. Rechazar este criterio significaría desvirtuar los alcances de las leyes temporales y constituiría fuente de iniquidades, ya que la imposición de penas conforme a sus disposiciones se haría depender de la celeridad del procedimiento en cada caso particular. Por fin, en los últimos días de su vigencia perderían virtualmente su eficacia. Los delincuentes esperarían este período para, llegado el caso de ser detenidos y juzgados, escapar a la severidad de las penas. De esta manera, el fin de prevención general, que casi siempre motiva esta clase de leyes, no podría ser alcanzada (73). El principio de la ley más favorable es, por el contrario, aplicable en relación a los actos anteriores y, así mismo, en caso de su sustitución por una ley aún más severa.

#### **65. Leyes procesales.-**

El Código Penal ni el Código de Procedimientos Penales, contienen regla alguna sobre la retroactividad o irretroactividad de las normas procesales.

En doctrina se sostiene generalmente que esta disposiciones tienen efecto retroactivo (74). Los defensores de esta opinión parten de la presunción que las nuevas reglas procesales conducen a una "aplicación más exacta y justa de las leyes punitivas", y de la convicción de que ellas son "establecidas en el interés de la buena administración de justicia" (75).



La retroactividad así admitida debe entenderse en el sentido de que las leyes procesales se aplican inmediatamente, aun a los procesos iniciados por infracciones cometidas antes de su entrada en vigor.

De esta manera, se ha estatuido expresamente - en la primera disposición transitoria del D. Leg. 124 - que las disposiciones de este decreto se aplicarán inmediatamente a los procesos en trámite. Esta norma dice que "se adecuarán a sus disposiciones". Los actos procesales ya realizados no son generalmente afectados; pero, son los futuros actos - es decir, la continuación del trámite - los que se efectuarán conforme a la nueva ley.

Es de importancia tener en cuenta esto, debido a que algunos autores hablan de irretroactividad de la ley procesal, considerando que no afecta a los actos procesales cumplidos durante la vigencia de la ley derogada o modificada (76).

En nuestro medio, tanto en la doctrina en la jurisprudencia como en la legislación, se ha admitido, siempre la retroactividad de la ley procesal (77). Los argumentos utilizados son los mismos que los esgrimidos en el extranjero.

En nuestra opinión, creemos que esta manera de enfocar el problema no es del todo correcta. Como lo hemos sostenido para el caso de las medidas de seguridad, deberá dejarse de lado las ficciones o presunciones a priori; sobre todo, para resolver problemas como los que ahora analizamos. Si bien es justificado pensar que, generalmente, la razón por la que el legislador modifica la ley procesal es la de mejorar la administración de justicia, no siempre ésta es la única o la más importante. Con frecuencia el motivo es el afán de acentuar el efecto intimidatorio (prevención general) de la represión penal, y a esto no corresponde, necesariamente, un mejoramiento en la administración de justicia. Además, en los casos en que el legislador actúe, verdaderamente motivado por este interés, no significa que siempre y necesariamente escoja la solución correcta y justa.

Las modificaciones en la ley procesal pueden, igualmente, significar - de ser aplicadas inmediatamente a los procesos pendientes - una agravación sensible de la situación jurídica del encausado. Fue el caso, por ejemplo, de la disposición transitoria No. 2 del D.L. 17110 del 8 de noviembre de 1968 ("Normas para activar los procesos penales"), que deja sin efecto el recurso de nulidad interpuesto por un condenado contra la sentencia del tribunal correccional conforme a las normas procesales modificadas. El acusado tiene el derecho de que la ley le proporcione los medios y el procedimiento para hacer que se reconozca su inocencia o que se le disminuya la pena que considera excesiva. "La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada" (78).

Este criterio ha sido admitido en el D. Leg 124 del 12 de junio de 1981. En sus disposiciones transitorias (segunda y tercera), se dispone que los procesos afectados en su tramitación por la nueva regulación del procedimiento sumario continuaran realizándose - conforme al Código procesal - si se encuentran en los tribunales correccionales o en la Corte Suprema. Por el contrario, admite su aplicación inmediata, o sea su retroactividad plena, en los casos en que su tramitación haya comenzado.

El desconocimiento que tenía el procesado del derecho de utilizar un recurso de impugnación, no puede ser justificado alegando la ficción de que la nueva ley sirve mejor al interés de administrar bien la justicia. Sin embargo, esto hace la Corte Suprema cuando afirma, resolviendo un caso determinado por la aplicación inmediata del art. 191, inc. 5o., de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que "es lógico convenir que en el Tribunal Correccional termina el proceso", ya que el fin del legislador es acelerar los trámites. Pero, si bien es cierto que la celeridad procesal es una meta a alcanzar; no es menos cierto, también que la seguridad del procesado no puede ser sacrificada en su beneficio.

Las mismas objeciones son valederas para los casos en que la nueva ley varíe la competencia de los tribunales, disponiendo que algunos procesos que se siguen en el fuero común se signa en el fuero privativo. No podría alegarse en este caso que la nueva ley tienda a mejorar la administración de justicia, porque pone el proceso en manos de un mejor tribunal. No es posible distinguir entre buenas y malas jurisdicciones. Lo más probable es que el fin perseguido sea hacer más expeditiva y severa la

represión. Por esto, sería mejor que no se apliquen con efecto retroactivo las normas procesales de esta clase.

En la jurisprudencia francesa - por ejemplo - se ha admitido el criterio opuesto, debido a que se considera que el legislador tomó este tipo de decisiones en casos excepcionales (para combatir una insurrección naciente) y con el fin de aplicarlas a los autores de infracciones ya cometidas (79). En el Perú, podemos dar como ejemplo el art. 4 de la Ley 15590, sobre actos de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera (80). Jiménez de Asúa se opone a la aplicación de leyes que varían la competencia "en cuanto el funcionamiento de uno de estos tribunales extraordinarios conduzca a la aplicación de disposiciones excepcionales en referencia a la medida de la pena y a los medios de defensa concedidos al reo" (81).

Debemos preguntarnos, asimismo, si convendría la aplicación retroactiva de la ley procesal que dispone que un delito, antes perseguido por querrela, se persiga desde entonces de oficio. Nuestra legislación no contiene disposición general al respecto; pero, teniendo en cuenta la amplitud con que se admite la retroactividad en materia procesal, se podría pensar que la nueva ley será aplicada sin reservas. Sin embargo, el legislador mismo ha previsto - en un caso particular - una solución distinta. Se trata en buena cuenta de una aplicación inmediata y condicionada. La Ley 13984, del 6 de febrero de 1962, referente al juzgamiento de delitos de lesiones por negligencia, dispone en su art. 2 que "las instrucciones y juicios que se inicien después de la promulgación de la presente ley y los que se encuentren en trámite, por delitos que, conforme a esta ley requieren denuncia de parte, no continuarán si el agraviado renuncia expresamente a la prosecución de la acción".

El caso inverso, de una ley que declare perseguible por querrela un delito perseguido conforme a la ley anterior de oficio, no constituye problema alguno, pues su aplicación inmediata no implicará una agravación de la represión.

Nosotros consideramos preferible una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de las leyes procesales. No es de admitirla en los casos en que comporte una agravación de la situación del procesado, quien no es necesariamente el delincuente. El legislador mismo parece tener en cuenta esta posibilidad. Además del caso antes señalado, existió en nuestra legislación otro en el art. 5 del Decreto Ley 17083 (82), referente a la tramitación de la acción de habeas corpus. En esta disposición, se dice que "los procesos de esta clase que se encuentren pendientes se resolucion en los tribunales correccionales seguirán su tramitación de acuerdo con la ley anterior; pero contra la resolución que expidan, procederá el recurso de nulidad que interpongan dentro del tercero día, cualquiera de las partes y, en este caso, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior". A pesar de que la magistratura acepta la aplicación inmediata de la ley procesal, el legislador consideró necesario referirse a este problema expresamente.

Por todas estas consideraciones creemos indispensable que se tienda a distinguir entre los casos a los que debe o no aplicarse inmediatamente la ley procesal.

## **66. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena.-**

En doctrina se discute mucho sobre el carácter de las disposiciones que regulan la prescripción de la acción penal y de la pena (83). El admitir que se trata ya sea de normas procesales o materiales o mixtas, es determinante en la concepción de los autores para reconocer o no que tienen efecto retroactivo.

Responden afirmativamente, aun cuando agraven la situación del delincuente, quienes le atribuyan un carácter procesal. En sentido negativo, lo hacen quienes las consideran parte del derecho penal sustantivo. Los que sostienen el criterio mixto, no tienen una opinión unitaria sobre el particular; por ejemplo: **Welzel** está a favor de la retroactividad (84), **Jescheck** en contra (85).

La discusión en Alemania era bastante intensa debido al caso de los criminales de guerra nazis.

Nuestro Código Penal no contiene una regla general en el título XV de la parte general, referente a la "extinción de la acción penal y de la pena". Pero, en el título I de su libro cuarto, el legislador

incorporó la siguiente regla: "Las disposiciones del Código relativas a la prescripción de la acción penal y de las penas, se aplicarán a las infracciones cometidas y a las penas pronunciadas antes de la vigencia del Código, en cuanto tales disposiciones sean más favorables al autor de la infracción. Se tendrá en cuenta el tiempo corrido de la prescripción antes de la vigencia del Código" (art. 396). De esta manera el legislador ha resuelto expresamente el problema que analizamos. Nada tiene que hacer que en la norma citada se haga sólo referencia a las relaciones entre el Código Penal y la legislación anterior (86).

Nada autoriza a afirmar que en la concepción del legislador los otros casos que se presentan deberían ser resueltos de manera totalmente opuesta. Además, teniendo en cuenta que uno de los fundamentos de la prescripción es la inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la penal, no se puede aceptar un criterio que podría conducir a una continua prolongación de los plazos. De otro lado, se dejaría en manos del Estado un excesivo poder y la seguridad jurídica se debilitaría (87).

Por esto, consideramos que la Corte Suprema actuó correctamente cuando decidió que "trantándose de delitos cometidos antes de la vigencia de la Ley 9014 (88), la prescripción de la acción penal se rige por las disposiciones del Código Penal, por ser más favorable, conforme al art. 396 de este cuerpo de leyes" (89). Por más grave que sea el delito cometido o más deseada o justificada que sea la represión en determinados casos, no creemos que sea conveniente para la seguridad personal admitir la retroactividad de las nuevas disposiciones, concernientes a la prescripción, que sean más severas que las anteriores (90).

#### **67. Retroactividad y cambio de jurisprudencia.-**

Particularmente en Alemania Federal, se ha discutido mucho en torno a la retroactividad en caso de producirse un cambio de criterio admitido en la jurisprudencia. En otras palabras, se trata de saber si ha de aplicarse una nueva interpretación de la ley a casos ocurridos durante el período en que se comprendía diferentemente la norma jurídica. En Alemania, se planteó abiertamente el problema cuando el Tribunal Federal Supremo consideró que 1.35 0/0 de alcohol en la sangre bastaba, por ejemplo, para retirar el permiso de conducir a un chofer que origina un accidente, en lugar de 1.5 0/0 que desde tiempo venía considerando (91).

La concepción dominante sostiene que el principio de la irretroactividad no se aplica y estos casos; pues, del texto legal se desprende que su aplicación está vinculada a la ley, y porque el juez no crea mediante la interpretación nuevas disposiciones legales (92). La jurisprudencia alemana (93), se ha inclinado por este criterio y trata de encontrar una solución recurriendo al error de prohibición (94). En contra de esta opinión, se hace referencia, primero al desconocimiento de la estrecha relación existente entre la ley y su interpretación, que implica su admisión; y, segundo, al hecho de que un cambio en la jurisprudencia comporta más que un pequeño cambio en la legislación (95). Teniendo en cuenta la organización de nuestro sistema judicial, el raro funcionamiento de la Corte Suprema en tanto que Tribunal de Casación y además porque los precedentes judiciales no obligan a los órganos jurisdiccionales inferiores, la discusión planteada anteriormente no puede tener lugar en nuestro medio (96). Y por esto, las explicaciones anteriores no tienen más valor que la de ser informativas, creemos que se puede sacar algún provecho en relación al análisis del denominado error de prohibición.

1. **Leone**, Il tempo nel diritto penale, p. 16-17.

2. **Hart**, El concepto de derecho, p. 78-79.

3. El desuetudo no es sino el efecto jurídico negativo de la costumbre; cf. **Kelsen**, Teoría general, p. 140. Ver: **Bramont**, La ley penal, p. 41 y 223.

4. Con este ejemplo no reclamamos la aplicación de la norma legal citada, los medios represivos no son los mejores para combatir el alcoholismo.

5. La opinión contraria de **Kelsen** no tiene, en nuestra opinión, validez en derecho penal. Ver: Teoría general, p. 140-141.

6. Por ejemplo, Código Penal austríaco, art. 6: "Las leyes penales son aplicables a actos cometidos después de su entrada en vigor"; en el mismo sentido, art. 2 del Código Penal suizo. El numeral 2 del Código Penal alemán estatuye que las penas y sus consecuencias se determinan según la ley vigente en el momento de la perpetración del hecho punible.

7. **Rubio y Bernales** (Constitución, p. 438) se equivocan, en consecuencia, cuando afirman que la aplicación de lo más favorable al reo se da igualmente por falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso. Aquí se trata de un problema de interpretación de la ley.

8. Ver supra No. 57.

9. En Italia, art. 45 de la Constitución; España, art. 19 Fuero de los españoles.

10. **Rodríguez**, Derecho penal español, parte general, p. 165; **Esposito**, in Studi in onore de F. Carnelutti, T. IV, p. 505.

11. . **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 188. Ver: Siniscalco, in Studi in onore de F. Antolisei, T. III, p. 248; **Casabó**, in Córdoba Roda-Rodríguez Morullo, Comentarios, p. 46-47.

12. .Ver: **Pareja**. Derecho Constitucional, p. 316. Cf. **Rubio-Bernales**, Constitución, p. 356.

13. Ver: **Traeger**, in Vergleichende Darstellung, A.T., VI p. 355; **Haftner**, Lehrbuch, T.I, p. 44; **Manzini**, Trattato, T. II, p. 34; **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.II, p. 626.

14. **Troendle**, Leipziger Kommentar, T.I., Art. 2, No. 39.

15. Por D.L. 21895 del 2 de agosto de 1977, se ha vuelto a modificar esta disposición.

16. Ver en relación con el derecho suizo, **Schultz**, FJS No. 1203, p. 8.

17. . **Soler**, Derecho penal argentino, T.I. p. 193; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 45; **Troendle**, Leipziger Kommentar, T.I., Art. 2, No. 40.

18. Según el texto de esta disposición será reprimido: "el que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro, y se apropiare de la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del código civil".

20. Ver: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 66.

21. Ver supra: No. 29, c.

22. . **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 660.

23. Ver infra No. 62.

24. algunos autores lo afirman partiendo de sus leyes nacionales: **Roubier**, Le droit transitoire, p. 505; **Casabó**, in Córdoba Roda - Rodríguez Morullo, Comentarios, T.I, p. 52.

24. . **Soler**, Derecho penal argentino, T.I, p. 193.

25. Ver: **Bruns**, Strafzumessungsrecht, p. 51 y s.

26. Ver supra No. 57.

27. Algunos autores han sostenido un criterio, diferente: la ley nueva se aplica inmediatamente, salvo que la ley anterior sea más favorable; entre estos es de citar: **Seeger**, Über die rückwirkende Kraft, p. 82 y s.; **von Bar**, in Fragen des geltenden deutschen Strafrechts von seiner Reform, T.I, p. 71 y s.; **Gabba**, Teoria della retroattività, p. 336 y s.; **Roubier** llega a la misma conclusión partiendo de su "teoría de la situación jurídica" y negando validez a la presunción de la superioridad de la nueva ley, afirmada por los autores antes citados. Por último **Levasseur**, in Hommage à Jean Constant, p. 192 y s., afirma lo mismo que los defensores de la concepción clásica; pero parte de la "teoría de la situación jurídica" de Roubier, y no por la sentencia, como sostenía Roubier. Los defensores de la escuela positivista italiana defendieron la retroactividad de la ley penal por razones de defensa social. Ver: **Florian**, Trattato, T.I. p. 201 y s. Para una más amplia visión de la evolución de la doctrina, consultar: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 612 y s.; **Merle-Vitu**, Traité. T. I, p. 264-266.

28. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 138.

29. El Código de Procedimientos Penales, art. 77, exige que la acción debe ser considerada como delito por la ley, para que proceda la apertura de instrucción.

30. Art. 394, inc. 1, del Código Penal.

31. Las disgresiones de Roubier sobre la benignidad de la ley penal incorporada por la nueva ley, nos parecen innecesarias a tenor de nuestra legislación. Ver: Roubier, Droit pénal transitoire, p. 488.

32. Sobre lo que es ley benigna, ver supra No. 58, e.

33. **Siniscalco**, in Studi in onore di F. Antolisei, T. III, p. 238; este autor es seguido por **Casabó** en España, in Córdoba Roda-Rodríguez Morullo, comentarios. T.I, p. 36-37.

34. In Studi in onore di F. Antolisei, T. III, p. 236. Este mismo autor cita como contrario a esta opinión a **Gerland**, Kritische Bemerkungen p. 6.

35. Ver: **Haftner**, Lehrbuch, T.I, p. 43 y 72; Logoz, Commentaire, partie générale, p. 8. Contra **Schultz**, FJS No. 1203, p. 5.

36. . Sobre el lugar de comisión, ver supra No. 44, d.

37. Ver supra No. 40.

38. Consultar: **Roubier**, Droit pénal transitoire, p. 469 y ver supra No. 44, d.

39. .Ver supra No. 59, a.

40. Ver infra No. 88.

41. Ver infra No. 163, b y c.

42. El párrafo 2o. del artículo 2 del Código Penal alemán estatuye: "si la amenaza penal variara durante la comisión del acto, es aplicable la ley vigente al término del acto". Ver: **Troendle**, Leipziger Kommentar, T.I, Art. 2, No. 61; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 46, considera que debe distinguirse entre el delito continuo y el continuado. En el primero se aplicará la ley vigente al finalizar la acción; pero considera que la misma solución no es válida para el delito continuado.

43. Ver art. 107 C.P. e infra No. 163, a y g.

44. En favor del fraccionamiento del delito continuado y de la aplicación de la nueva ley en todo caso; **Schultz**, FJS No. 1203, p. 5-6; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 46; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 2 III, No. 13-15. Por la conservación de la unidad del delito continuado y la aplicación de la ley favorable, se pronuncia **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 636; en su apoyo cita a von Liszt-Schmid.
45. Ver infra No. 85.
46. Sostienen este criterio los autores alemanes, ver los citados en la nota 42.
47. Ver **Merle-Vitu**, Traité, T.I, p. 270-271.
48. **Troendle**, Leipziger Kommentar, art. 2, No. 70 y la bibliografía allí citada.
49. **Manzini**, Trattato, T.O, vol I, p. 344-346. Ver: Código Penal italiano, art. 2, pf. 2 y 3.
50. **Schultz**, Einführung, T.I, p. 86; ver art. 336, inc. a, del Código Penal suizo; **Logoz y Clerc** consideran que de "lege ferenda" debería aplicarse la "ley mitior", commentaire, partie générale, p. 9 e Introduction, T.I, p. 28, respectivamente; **Hurtado**, L'influence, p. 15-16.
51. Art. 23 del Código Penal de 1870; art. 48, pf. 2, del Código de 1886 y art. 24 del Código vigente.
52. En el párrafo segundo del art. 36 del Proyecto de 1900-1902, se estatuyó que "si se hubiese pronunciado condena conforme a la ley anterior cesará su ejecución y sus efectos". Ver: art. 2, in fine, del Proyecto de 1877.
53. Ver: Código Penal, edición oficial, p. 154 y mariano **H. Cornejo**, Novísimo Código, p. XXX.
54. En la exposición de motivos, afirmó que "la cosa juzgada en los juicios civiles puede ser absoluta; pero no lo puede ser respecto de la condena que pesa sobre un inocente. La cosa juzgada no es aplicable a la pena. El derecho a la inocencia es inalienable, imprescriptible", p. XXX.
55. Ver art. 361 C.P.P.
56. Ver: **Bramont**, La Ley penal, p. 78.
57. Sobre el particular, ver: **Hurtado**, L'influence, p. 16.
58. Ver También el D.L. 20583 del 9 de abril de 1974. Al disminuir el límite máximo de la edad de la víctima del delito de seducción, de 21 a 18; varía la situación jurídica de los que fueron condenados por haber cometido este delito contra una joven mayor de 18 años.
59. Tratado, T.II, p. 658.
60. Ver infra No. 11, última parte.
61. Ver: supra No. 32.
62. Ver: **Bramont**, La ley penal, p. 240.
63. Ver: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T.II, p. 660; **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, T.I, art. 2, No. 15, p. 40.
64. Como ejemplo de "dualismo relativo", ver: art. 42, último párrafo.
65. Art. 2, pf. VI: "Über Massregeln der Besserung und Sicherung ist, wenn gestzlich nichts anderes bestimmt ist, nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt".

66. Ver: Alternativ-Entwurf, A.T., p. 31.

67. **Leukauf-Steninger**, Kommentar, p. 33.

68. Ver: Alternativ-Entwurf, A.T., p. 29.

69. Ver supra No. 61, a.

70. Ver infra No. 101. El art. 107, ab initio, del Código de Menores dice: "**los menores que se encuentran en estado de abandono o peligro moral** o que hayan cometido acto considerado como delito o falta, serán ...". En el mismo sentido ya se estatuyó en el art. 145 C.P.: "Las autoridades competentes y los jueces aplicarán preventivamente las disposiciones protectoras de este título en todos los casos en que fuere necesaria la preservación o la asistencia de los niños o de los adolescentes moralmente abandonado, moralmente pervertidos, o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieren cometido hecho reprimido como delito".

71. **Jiménez de Asúa** dice que "el Estado no puede imponer mayores obligaciones que las establecidas por la ley, conforme a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria", Tratado, T. II, p. 680.

72. **Baumann**, Strafrecht, A.Z., p. 91; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 101.

73. Los argumentos esgrimidos por **Bramont** en favor de la ultractividad de las leyes temporales, son, desde nuestra perspectiva, también aplicables al caso de las leyes excepcionales. Ver: La ley penal, p. 237.

74. **García Rada**, Manual, p. 14. En el mismo sentido, **Cornejo**, Derecho de procedimientos penales, p. 9. De manera un tanto diferente, **Mixán Mass**, Derecho Procesal I, p. 45.

75. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 666.

76. Ver: **Clariá Olmedo**, Tratado, T.I., p. 141.

77. Ver: **García Rada**, Manual, p. 14; **del Valle Randich**, Derecho procesal, p. 103. Consultar: E.S. del 7 de julio de 1964, in RJP 1964, p. 967; D.L. 10124, art. 5; D.L. 10202, art. transitorio; D.L. 15590, art. 4; D.L. 17083, art. 5; D.L. 18850, art. 2; D.L. 19030, art. 3; D.L. 19049, art. 7; D.L. 19962, art. 3. D. Leg 124, primera disposición transitoria; D. Leg 126, disposición transitoria.

78. **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 671.

79. **Roubier**, Droit pénal transitoire, p. 533.

80. Sobre este Decreto Ley, ver supra No. 30. c.

81. Tratado, T. II, p. 668.

82. La nueva regulación de habeas corpus esta contenida en la Ley 23506 del 7 de diciembre de 1982; ver art. 148.

83. Consultar: **Jiménez de Asúa**, Tratado, T. II, p. 550 y s.

84. Strafrecht, A.T., p. 23.

85. Strafrecht, A.T., p. 115.

86. Es interesante señalar que este es el criterio admitido en doctrina y jurisprudencia suizas. La disposición que comentamos es una traducción literal del art. 362 del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1915.

87. Ver infra No. 1 y 2.

88. Mediante esta ley , del 23 de noviembre de 1939, se aumentó los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena.

89. E.S. del 17 de agosto de 1940, 1o de abril de 1941, 19 de setiembre de 1942 y 6 de noviembre de 1943; in RT 1940, p. 982; AJ 1941, p. 25; RT 1943, p. 94 y AJ 1043, p. 269, respectivamente.

90. Por ejemplo, las contenidas en el D.L. 17106 del 8 de noviembre de 1968, derogado por el D. Leg. 121, art. 12.

91. BGHSt. 21, p. 157; 32, p. 229. Ver: **Troendle**, Leipziger Kommentar, Art. 2, No. 53-55 y la amplia bibliografía allí citada.

92. **Riese**, in NJW 1969, p. 549; **Troendle**, Leipziger Kommentar, Art. 2, No. 53.

93. Ver: **Schreiber**, in ZStW 80 (1968), p. 348.

94. Ver: infra No. 120, b.

95. Ver: **Baumann**, A.T., p. 124; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 2, No. 9 a, consideran que la ley y su aplicación judicial comportan una unidad y que la ley penal como tal no establece nunca una distinción nítida entre lo prohibido y lo permitido. En base a esto, admiten que la irretroactividad se aplica a los casos en que se produce un cambio en la jurisprudencia que de manera uniforme existe sobre un problema determinado.

96. El art. 24 de la Constitución señala que corresponde a la Corte Suprema fallar en Casación. Dicha Corte considera que no existiendo ley que regula el ejercicio de esta facultad, no existe base para interponer o conceder el recurso de casación. Ver: E.S. del 15 de diciembre de 1981, en El Magistrado 1982, 1er. Semestre, p. 223.



## 5. La aplicación de la ley penal en relación a las personas

### 68. El principio de la igualdad de las personas.-

Antes de la Revolución Francesa, el Poder Judicial se encontraba plenamente desnaturalizado; en parte, por la confusión del poder de legislar y el de aplicar la ley; y, además, por la existencia de tribunales especiales, procedimientos, delitos, y personas privilegiadas, que de esta manera quedaban fuera del derecho común (1).

En la legislación moderna eurocontinental, se proclama expresamente el principio de que todos son iguales ante la ley. En el art. 2, inc. 2, de la Constitución de 1979, se declara que toda persona tiene derecho "a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma". Además, en el párrafo primero de su art. 187, se estatuye que "pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas". Para Pareja Paz **Soldán** (2), la Constitución afirma una igualdad de derecho, no de hecho, igualdad en la partida, pero no en la llegada". En relación con el derecho penal, dice **Bramont** Arias que "el principio de que ahora nos ocupamos sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones", y concluye: "en pocas palabras: igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones" (3).

Sin embargo, este principio que se ha convertido en elemento esencial de la idea de justicia, debe ser observado en su realización concreta; ya que la simple exigencia formal de igualdad no tiene mayor importancia en sí misma, debido a que la demanda de justicia, en la práctica, depende de presupuestos que están fuera del principio de igualdad; es decir, las circunstancias sociales y los criterios decisivos para igualar o diferenciar las personas y las condiciones en que se aplica la ley. Por este fundamento tiene razón **Hart**, cuando afirma que sin la determinación de tales criterios, el principio de igualdad es una fórmula vacía (4). Pero aun cuando tales criterios fueran establecidos, como lo hace la Constitución italiana de 1947 (5), las graves diferencias sociales existentes entre las personas hacen ilusoria una real igualdad en la ley y ante ella. Por lo que, en el mejor de los casos, la formulación de tal principio significa una exigencia formal de que la decisión (legislativa o judicial) sea hecha sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria (6).

A pesar de tal declaración formal, se reconoce en nuestra legislación algunos privilegios; pero no en relación a la calidad de las personas, sino a la función que desempeñan. Dichos privilegios constituyen circunstancias que excluyen de la esfera de aplicación del derecho penal común a las personas favorecidas, ya sea temporal o definitivamente, en relación a todos sus actos o sólo a algunos. Además, es de considerar si la exclusión tiene lugar en relación a la aplicación de la ley penal sustantiva o en referencia a la jurisdicción penal. Este último caso, propio del derecho procesal, no será materia de estudio en el presente capítulo; en cual está consagrado al análisis del primero (7).

En el Proyecto de 1985 (agosto), se ha creído necesario formular la declaración siguiente: "Las penas y medidas de seguridad se aplican a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley" (art. VII, título preliminar).

### 69. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno.-

#### a) Parlamentarios: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio:

La inviolabilidad significa que la persona que goza de este privilegio no puede ser castigada. En otras palabras, que aun cuando incurra en delito no será perseguida penalmente. Este privilegio no es concedido de manera absoluta a los parlamentarios; según el art. 176, p. 1o., de la Constitución: los senadores y diputados "no son responsables ante autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones". De allí que ellos no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el desempeño de su cargo;

por ejemplo, difamación (art. 187), injuria (art. 188), amenaza (art. 224); desacato (art. 328), provocación a un delito (art. 282), etc.

La naturaleza de la función que tiene y la necesidad de garantizar su libre ejercicio, justifican el reconocimiento constitucional de tal privilegio en favor de los parlamentarios. Sin embargo, esto no significa que los actos por ellos cometidos no sean infracciones. Debiéndose, por tanto, admitir la legítima defensa, por ejemplo, en relación a uno de tales actos (8).

De estos casos hay que diferenciar la inmunidad parlamentaria. Este privilegio implica que su titular no puede ser perseguido ni sancionado penalmente mientras ocupa su cargo. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 176 de la Constitución; "no pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición de su respectiva Cámara de Diputados acusar ante el Senado" a los miembros de ambas Cámaras; y es atribución del Senado" declarar si ha o no lugar a formación de causa". En este último caso, "queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley" (9).

#### **b) Presidente de la República: inmunidad y antejuicio:**

Al Presidente de la República no se le reconoce el privilegio de la inviolabilidad, en el sentido que ha sido reconocido en favor de los parlamentarios, la ley penal no deja de aplicársele. Pero, para ser perseguido penalmente, es necesario, primero, que sea suspendido en el ejercicio de su cargo por el Senado y mediante un juicio político, comenzado a iniciativa de la Cámara de Diputados, de acuerdo a los arts. 183 y 184 de la Constitución.

Este procedimiento que constituye el privilegio del antejuicio, sólo puede tener lugar, de acuerdo al art. 210 de la Constitución, durante su mandato y en los casos de traición a la patria, impedir las elecciones presidenciales, parlamentarios, regionales o locales, disolver el Congreso (salvo lo dispuesto en el art. 227), o impedir o dificultar su funcionamiento, o la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal de Garantías Constitucionales. Segundo, que se declare la vacancia de la Presidencia por parte del Parlamento (conforme al art. 206, inc. 1, de la Constitución), debido a la "incapacidad moral" en que ha incurrido el Presidente en razón a su conducta delictuosa diferente a la prevista en el art. 210 de la misma Carta fundamental. Por último, señalamos, para mejor comprender el caso estudiado, que terminado el mandato presidencial, queda la acción expedita para perseguir al expresidente penalmente, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tomado en cuenta para los efectos de la prescripción (10).

#### **c) Ministros de Estado:**

Los Ministros de Estado sólo gozan del privilegio procesal de antejuicio (arts. 183 y 184 de la Constitución); ya que el art. 221, por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Además, en esta misma disposición se establece que "los Ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en el Concejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente" (11).

#### **d) Vocales de la Corte Suprema de la República:**

En relación con estos funcionarios, a los que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce el rango de Ministros, los arts. 183 y 184 de la Constitución estatuyen el privilegio del antejuicio por las infracciones que cometan contra la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas.

#### **e) Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos:**

El primero es, en relación con los segundos, *primus inter pares*. De acuerdo al penúltimo párrafo del art. 251 de la Constitución, los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que

los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. En consecuencia, el Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos se benefician del privilegio del antejudio, regulado en los arts. 183 y 184 de la Carta Política. Así lo reconoce, expresamente, el art. 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (12).

#### **f) Magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales:**

Dada la importante función atribuida a este tribunal, consistente "en controlar la Constitución", la Asamblea Constituyente ha reconocido a sus nueve miembros las mismas prerrogativas que a los Parlamentarios. En primer lugar, los declara irresponsables "por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo" (inviolabilidad); en segundo lugar, estatuye que "no pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional" (inmunidad) (art. 297, in fine); y, en tercer lugar, hace depender su sometimiento a un proceso judicial de la realización del antejudio, conforme a los arts. 183 y 184 de la Constitución. La regulación detallada de estos casos ha sido establecida en el art. 15 y siguientes de la Ley No. 23385 del 19 de mayo de 1982, denominada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

### **70. Privilegios penales establecidos en el Derecho internacional.-**

#### **a) Jefes de Estado extranjeros:**

De acuerdo al art. 297 del Código Bustamante, están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio. De esta manera, se consagra la inviolabilidad de los Jefes de Estado, representantes oficiales de la soberanía de sus propias Naciones. Su sometimiento a las leyes extranjeras no estaría acorde con los intereses de la nación que representa. Sin embargo, este privilegio no significa impunidad, en razón a que queda sujeto a lo estatuido en la legislación de su propio Estado.

El Tratado de Montevideo de 1889, suscrito y ratificado por el Perú, no contiene disposición expresa en relación a los Jefes de Estado. Por el contrario, en el de 1940 sí se contempla expresamente su caso, extendiendo el goce de privilegio además a los miembros de su séquito (13).

#### **b) Embajadores y Ministros Plenipotenciarios:**

La costumbre de enviar y recibir embajadores permanentes se desarrolló a fines del signo XV y parece que tuvo su origen cuando en los principales Estados europeos se organizaron fuerzas armadas permanentes. Y casi desde sus inicios, los juristas consideraron su inviolabilidad como la piedra angular del "*jus legationis*" (14). Los problemas surgieron cuando se comprendió que la independencia de los Embajadores era el complemento necesario de su inviolabilidad y que tal independencia no podía ser alcanzada sino con su no-sometimiento a la jurisdicción penal o civil del Estado huésped. Fue Hugo **Grotius**, quien luego de aceptar las opiniones tradicionales de que el Embajador personifica a su Soberano y de que lleva consigo su propia ley, afirmó que le Embajador debía jurídicamente ser considerado como encontrándose "*extra territorium*" (15).

De acuerdo a la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos (del 20 de febrero de 1928) dichos funcionarios están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo, salvo autorización de su gobierno para renunciar a tal privilegio, ser procesados ni juzgados sino por sus propios Tribunales (art. 19). Así mismo, se establece que la inviolabilidad se extiende a todo funcionario diplomático, al personal oficial de la misión, a los familiares que viven bajo el mismo techo, y a los papeles, archivos y correspondencia de la misión (art. 14). Casi lo mismo se establece en el art. 298 del Código Bustamante.

En la actualidad, las disposiciones legales y las opiniones de juristas, no fundamentan el privilegio de los Embajadores en la ficción de su extraterritorialidad, sino más bien en la naturaleza peculiar de sus funciones y en la necesidad de garantizarles una libertad absoluta para ejercerlas (16).

La inviolabilidad reconocida a los Embajadores y a su séquito no es, generalmente, admitida en favor de los Representantes Consulares, que se limitan a ejercer funciones de índole comercial y administrativa (17).

### c) Fuerzas armadas extranjeras

El art. 299 de Código Bustamante establece, en el supuesto caso de que un Estado contratante haya autorizado la ocupación temporal y parcial de su territorio, que tal Estado no perseguirá ni aplicará sus leyes penales a los autores de delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares. La represión penal incumbe, de esta manera, al Estado al cual pertenecen las tropas extranjeras. En el Tratado de Montevideo de 1889, no se estableció norma alguna en relación a esta situación. En el año 1940, se establece que el juzgamiento de los miembros de un cuerpo de ejército será realizado conforme a "los principios señalados por el Derecho Internacional Público", cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho ejército.

### 71. Justicia Militar.-

Aun cuando no corresponde tratar en este capítulo sobre ciertas infracciones y fueros especiales determinados por las calidades personales de los agentes, creemos conveniente ocuparnos, someramente, de la justicia militar, dada la trascendencia e implicancias que conlleva en sus alcances y aplicaciones.

En el art. 229 de la Constitución de 1933 estatuía que "la ley determinará la organización y las atribuciones de los Tribunales militares y Juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas". Este reconocimiento expreso del Fuero Militar, se justifica por la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas. Sin embargo, la Constitución no era lo suficientemente explícita en la determinación de los límites de este fuero. Situación que no se dio en la Constitución de 1920, cuyo art. 156 disponía que "la Justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional".

La consagración de tal limitación constituyó el triunfo de una corriente favorable a restringir, de manera conveniente, los alcances del Fuero Militar. Criterio que se impuso, igualmente, en la elaboración del Código de procedimientos en materia criminal de 1920. En el numeral 31, pf. 10., de este Código, se estatuía que "para el juzgamiento de los delitos son competentes exclusivamente los jueces y tribunales que designa este Código. Se exceptúan únicamente los delitos puntualizados en el Código de Justicia Militar cuando sean cometidos por militares".

Mariano H. **Cornejo**, Presidente de la Comisión parlamentaria que redactó el mencionado Código, manifestó: "no podíamos prescindir de resolver la cuestión, entre nosotros, tan grave, de asignar límites precisos a la jurisdicción militar" y de que "el Código de la materia (1898) que somete múltiples delitos a los jueces militares aunque sean personas civiles quienes los cometen, establece en realidad para el Perú un estado permanente de sitio" (18). En su opinión, justamente, "crear tribunales distintos de los ordinarios que puedan imponer penas comunes por delitos comunes a ciudadanos que no son militares es algo que está en contradicción absoluta con toda la evolución del derecho, que ha disuelto todos los privilegios en la penalidad y el procedimiento" (19).

Pero, no obstante el pensamiento meridiano de Cornejo en la Exposición de motivos, al amparo de la Constitución de 1933, se vuelve a reconocer, en los Códigos de Justicia Militar de 1939 y 1950, un amplio dominio al Fuero Privativo Militar. De modo que se nota en ellos una afirmación de los criterios fundamentales del Código de 1989, si bien con algunas reformas de orden técnico.

Respecto del derogado Código de Justicia Militar, promulgado mediante D.L. 14613. el 24 de julio de 1963, podemos simplemente, repetir lo afirmado por Abraham Talavera, en el sentido de que "todos los cuestionamientos que se han ido haciendo en cada uno de los cuerpos legales comentados (Códigos de Justicia Militar de 1898, 1939 y 1950), se consolidan en este Código, de tal manera que no contiene nada positivo, siendo una involución jurídica" (20). Este mismo autor sostiene en una de las conclusiones de su tesis doctoral que son características de este Código "el juzgamiento de

ausentes, gran apertura a considerar dentro de su jurisdicción a la civilidad, incorporación de figuras delictivas cuyos bienes jurídicos (protegidos) corresponden al Derecho penal común..." (21).

En los últimos años, el Fuero Privativo Militar asumió un rol cada vez más activo, aunque no sustancialmente diferente. Se recurrió a este fueron con el objeto de hacer más expeditiva y severa la represión de ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, se reguló los delitos de sabotaje a la Reforma agraria (D.L. 17716), de sabotaje a los servicios de telecomunicaciones (D.L. 19020), de ataque a miembros de las Fuerzas Policiales (D.L. 19910) y de traición a la Patria (L. 15590), estableciéndose que el juzgamiento de sus autores corresponde al Fuero Privativo Militar.

Esta actitud legislativa se hallaba inspirada en la llamada "política de evitamiento del Poder Judicial", que se materializó, fundamentalmente, en la organización de diversos fueros privativos no sometidos al control ni jurisdicción de la Corte Suprema.

## **72. Código de Justicia Militar.-**

La Constitución de 1979 significa, en el dominio del derecho penal militar, la vuelta a la concepción liberal de la Constitución de 1920. Luego de establecer, en el inc. 1 del art. 233, la existencia del fuero privativo como una excepción a la unidad y exclusividad de la función judicial (junto a la arbitral), la Constitución estatuye, claramente, que las disposiciones del Código de Justicia Militar "no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235". En esta disposición, se trata del delito de "traición a la Patria en caso de guerra exterior". Este radical cambio constitucional ha determinado la revisión de la legislación penal militar.

El Código de Justicia Militar vigente, promulgado mediante D.L. 23214, del 24 de julio de 1980, y la Ley Orgánica de Justicia Militar, dictada mediante le D.L. 23201, del 19 de julio de 1980, tienen por objetivo, conforme sus escuetos considerandos, adecuar las disposiciones penales a las normas de la nueva Constitución. La celeridad del Gobierno militar ha significado que una vez más las "leyes" fundamentales de la justicia militar sean elaboradas pretorianamente por los mismos interesados. Esta circunstancia permite comprender la falta de una revisión a fondo del Código militar. Este sigue conservando disposiciones provenientes del primer Código Penal común de 1863. De modo que nociones fundamentales de la parte general son diferentes a las consagradas en el vigente código sustantivo de 1924; el mismo que - como sabemos - fue influenciado por los proyectos suizos, Raro caso de duplicidad normativa en un mismo dominio y en el mismo país.

Las modificaciones practicadas son reflejo directo de la restricción del campo de aplicación de la legislación militar, fijada por la Constitución. Así, en el libro segundo del Código de Justicia Militar, consagrado a los procedimientos judiciales, se estatuye sobre la competencia de los tribunales castrenses. En cuanto a los civiles, se dispone - en primer lugar y conforme a la Constitución - que están sometidos al fuero militar cuando incurran en "delito de traición a la Patria, en caso de guerra exterior" (art. 323). Además, se establece la misma regla en caso de infracciones a la Ley del servicio militar y, así mismo, cuando se trate de civiles que laboren en las dependencias de las fuerzas armadas y de las Fuerzas Policiales, a los que se considera "reserva llamada al activo y parte integrante de su personal activo" (art. 321, inc. a). Si un civil participa en la "comisión delictiva" de militares, él deberá ser sometido a la justicia ordinaria (art. 342). Esta regulación es competente para juzgar al militar que ejecute una infracción común (art. 341).

Una modificación de la parte especial del Código militar que merece ser indicada, es la referente a la descripción típica de los delitos de "organización ilegal de agrupaciones armadas; de fabricación, comercio y uso de armas y explosivos" (título sexto de la sección III del libro primero). Los delitos previstos en los arts. 140 a 142, son delitos especiales que son cometidos por militares.

De acuerdo a las disposiciones reformadas, los civiles podían ser considerados autores y sólo se tomará en cuenta la condición de militar para agravar la pena (cf. texto anterior del art. 143).

2. Derecho Constitucional, p. 562. Cf. **Rubio-Bernales**, Constitución, p. 98 y s.
3. La ley penal, p. 242.
4. El concepto de derecho, p. 198.
5. En su art. 3, expresa: Todos los ciudadanos ... son iguales ante la ley, sin consideración a su sexo, raza, idioma, religión, convicciones políticas y posición social y personal".
6. **Ross**, Sobre el derecho, p. 227-278.
7. Consultar: **Jescheck**, Strafrecht, S.T., p. 142; **Soler**, Derecho penal argentino, T.I, p. 199.
8. Cf. **Jescheck**, Strafrecht A.T., p. 143.
9. **Soler**, Derecho penal argentino. T.I, p. 199; **Bramont**, La ley penal, p. 251; **Peña Cabrera**, Derecho penal peruano, parte general, p. 135.
10. Consultar art. 210 de la Constitución. Cf. **Bramont**, la ley penal, p. 249.
11. **Pareja**, Derecho Constitucional, p. 266.
12. Ver **Hurtado**, Ministerio Público, p. 99.
13. Consultar: art. 7, pf. segundo.
14. Ver el excelente trabajo de K. R. **Simmonds**, in Rev. de d. int. et de. comp. 1959, p. 170-200.
15. Cf. **Simmonds**, in Rev. de int. et de d. comp. 1959, p. 199.
16. Cf. **Bramont**, La ley penal, p. 245.
17. Ver art. 296 C.P. que reprime la violación de las inmunidades del jefe de un Estado o de algún agente diplomático, en tanto que infracción contraria a las relaciones exteriores del Estado.
18. Código de Procedimientos, p. XVI.
19. Código de Procedimientos, p. XVII.
20. Nuevas estructuras del fuero privativo militar, p. 132.
21. Nuevas estructuras del fuero privativo militar, p. 212.

## **TERCERA PARTE**

### **EL DELITO**

## 1. Introducción

### 73. La teoría del delito

A fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas

científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los "elementos naturales" del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica.

De ser necesario fijar una fecha para indicar -más o menos arbitrariamente- el origen de la "teoría del delito", debemos referirnos, sin duda, a la publicación del Lehrbuch de Franz **von Liszt** (1), realizada diez años después de la entrada en vigencia del Código Penal alemán de 1871. En esa ocasión, el jurista germano formula la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad. En 1906, Ernest **von Beling** propone, en su obra Lehre von Verbrechen (2), un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, el delito es concebido como un comportamiento humano (controlado por la voluntad), típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende de "conforme a la descripción contenida en la disposición penal" (Tatbestand). Esta última, llamada entre nosotros tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario. La culpabilidad fue vista como el aspecto subjetivo del comportamiento (evento físico exterior) que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas edictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo.

La descripción naturalista de la infracción deviene -apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico- la base de las investigaciones penales. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora.

Se puede sostener que esta concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas (p. ex. Begriffjurisprudenz).

El inicio del presente siglo fue marcado, en el dominio penal por la pérdida de crédito por parte de la concepción **Liszt-Beling**. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero, desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada "teoría neokantiana del conocimiento". La idea central consistía en separar, radicalmente, la realidad (Sein) del mundo normativo (Sollen).

El primer efecto de esta idea fue la constatación que del análisis empírico de la realidad no es posible extraer criterios normativos que nos permitan apreciar axiológicamente esta realidad.

La noción de delito es, entonces, revisada de acuerdo a los fines axiológicos de derecho penal que no son -contrariamente a lo admitido por el positivismo jurídico- previsto completamente en la ley.

La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teológica, se funda en tres "descubrimientos" esenciales: primero, en el dominio de la tipicidad, aquel de la identificación de los elementos normativos del tipo legal. Segundo, la constatación que la antijuricidad es tanto material (violación de los bienes jurídicos) como formal (violación de las normas). Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad que consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente, contra el orden jurídico.

Las insuficiencias de la concepción neoclásica fueron criticadas por la teoría finalista (3). A la idea de distinguir, con nitidez, el mundo normativo y la realidad concreta (defendida por los neokantianos), Hans **Welzel** opone, de un lado, la idea de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, de otro lado, la idea de la "naturaleza de las cosas". Según **Welzel**, el comportamiento humano debe ser comprendido desde una perspectiva ontológica.



Este elemento fáctico no puede ser ignorado ni alterado por el legislador al elaborar las normas legales. La base de la concepción de **Welzel** es, precisamente, el comportamiento humano, caracterizado, esencialmente, por su estructura finalista.

Esto presupone que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de estos fines. Su capacidad está en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento que posee respecto a la causalidad.

La aceptación de los criterios de **Welzel** comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción. Debe comprender, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva. En las infracciones intencionales, la finalidad de la acción -que no es diferente del dolo o intención- constituye el elemento central del tipo subjetivo. Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción y que eran considerados extraños al tipo legal, se transforman en partes intrínsecas de la tipicidad.

Los cambios en el dominio de las infracciones culposas han sido también fundamentales. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio.

De esta manera, el finalismo logra depurar a la culpabilidad de los elementos psicológicos conservados por la concepción neokantiana. La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche dirigido contra el autor del acto típico.

De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial. Así, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico. Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados tomando en cuenta este aspecto normativo. Las "innovaciones" del finalismo han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclasicismo.

En los últimos años (4), se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo del finalismo.

Autores -como **Roxin** (5)- tratan de innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema, penal racional y liberal. Con este objeto, recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología.

#### **74. Definición de delito**

De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (*lato sensu*) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales (6).

Como lo venimos de constatar, las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable. Estas ideas se encuentran en la base de nuestro Código Penal. Así, en los arts. 1, 2 y 3 se exige la realización de una acción, la adecuación de ésta a la descripción formulada en la ley: tipicidad, y la existencia de una amenaza penal: punibilidad; los incs. 2, 34 y 5 del art. 85 prevén que la pena será aplicada sólo cuando el acto es contrario al orden jurídico: antijuricidad; los arts. 91, 93 y el inc. 1 del art. 85 precisan las condiciones psiconormativas que impiden, total o parcialmente, imputar un acto a una persona: inimputabilidad; por último, los arts. 81 y 82 precisan las condiciones de culpabilidad.

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

### **75. Actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal:**

La simple lectura de las disposiciones de la parte general de nuestro Código, nos permite constatar que esta definición del delito (7) no comprende todos los actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal. Esto se explica por el hecho de que el legislador peruano incorporó en el Código Penal las medidas de seguridad y de educación contra los delincuentes socialmente peligrosos, y las medidas disciplinarias y de tratamiento en lo que concierne a los menores (ahora contenidas en el Código de Menores). Las condiciones necesarias para la aplicación de una medida y la imposición de una pena son diferentes. Cuando el legislador peruano trata de las medidas de seguridad prefiere las expresiones: "hecho punible" (art. 85, inc. 1) o "hecho reprimido como delito o contravención" (art. 137, 142, 143 y 145). Esto ha permitido a algunos juristas hablar de delitos completos y de delitos incompletos. En los primeros, es necesaria la presencia de todos los elementos constitutivos señalados en la definición dogmática (8), mientras que en los segundos, es suficiente que una acción antijurídica pueda ser imputada al autor. Sólo los primeros darán lugar a una pena, los otros sólo motivarían la aplicación de medidas de seguridad.

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

### **76. Clases de infracciones**

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

Sin embargo, la mayor parte de los legisladores han clasificado las infracciones en función de su gravedad; así, el Código penal francés de 1810, en su art. 1o., dispone: "la infracción que las leyes castigan con pena de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva e infamante es un crimen". Esta fórmula fue tomada por el Código de Baviera de 1813 y el Código prusiano de 1851. Por el contrario el Código penal toscano adoptó una clasificación bipartita: "delitti e transgressioni" (delitos y contravenciones), como el Código Penal italiano de 1889 y el Proyecto de Código Penal suizo de 1918. El legislador peruano ha adoptado la división bipartita: delitos y faltas. Los libros primero y segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro tercero de las faltas.

En relación a la determinación de la competencia de los jueces, el D.L. 17110 del 8 de noviembre de 1968, art. 1, contenía la siguiente enumeración taxativa: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud cometidos por negligencia, abandono de familia, matrimonio ilegal, seducción, daños, usurpación, abigeato (la Ley 10202 que reprimía este delito fue derogada por el D.L. 20581 del 9 de abril de 1974), especulación, acaparamiento, agio y usura. De esta manera en la práctica, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico no es tan rigurosa la clasificación bipartita de infracciones, admitida en principio de nuestro Código Penal.

### **77. Faltas o contravenciones**

Conforme a la opinión dominante, los delitos y las contravenciones (faltas) no pueden ser ontológicamente diferentes (9). Carl **Stooss** ya había afirmado que "no hay diferencia esencial absoluta entre las faltas y los delitos" y que "generalmente, las disposiciones generales establecidas

para los delitos deben igualmente aplicarse a las faltas (10)". Esta opinión ha sido defendida por **Zürcher** (11) en su remarcable Exposición de Motivos del Anteproyecto suizo de 1908. "Es cierto - dice él- que una frontera precisa, una diferencia esencial, no puede ser establecida entre esas dos categorías de infracciones. Ni la diferencia en sus efectos (en el sentido que las infracciones que implican un resultado o una puesta en peligro serían ubicadas en la primera clase, mientras que las infracciones de simple insumisión formarían la segunda); ni en su relación con la moral (en el sentido que los actos moralmente indiferentes serían faltas, mientras que los actos que comportasen una reprobación moral serían delitos); ni por último la condición de culpabilidad (en el sentido de que no habría delito sin culpabilidad, mientras que esta condición no sería exigida en materia de faltas); ninguno de estos criterios permite establecer una distinción fundada sobre los caracteres esenciales". **Zürcher** estimaba, no obstante, necesario tratar diferentemente estos dos tipos de infracciones, teniendo en cuenta que hay entre ellas una simple diferencia cuantitativa (12). Sin embargo, ciertos juristas estiman necesario hacer una distinción de principio entre delitos y contravenciones, distinción que reside en el valor moral ligado a la pena, que es la consecuencia; mientras que la pena criminal implica una desaprobación ético-social; la pena de la falta no comporta juzgamiento reprobatorio (13).

Toda distinción que se pretende hacer sólo será posible desde un punto de vista cuantitativo o simplemente legal. La importancia práctica de esta distinción obliga al legislador a emplear en la ley fórmulas claras y precisas (14).

En la parte general del libro tercero del Código Penal, relativo a las faltas, se dispone que a éstas les son aplicables las disposiciones generales del libro primero, salvo disposición contraria. Una de estas era el inc. 1º del art. 383 del mismo cuerpo de leyes, el cual estatúa que: "Las faltas sólo se reprimirán en el caso de estar consumadas, sin atender más que al hecho mismo, sin consideración a si hubo intención o negligencia". Este era el factor distintivo más importante que estableció nuestro legislador para diferenciar los delitos de las faltas. Mientras en relación a los primeros impera el principio no hay pena sin culpabilidad; en cuanto a las últimas, por el contrario, la responsabilidad objetiva: sus autores son reprimidos por el solo hecho de haberlas cometido.

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

De esta manera, el legislador se alejó de la concepción del antiguo Código Penal de 1863, que de acuerdo a su modelo español -Código Penal de 1948-50- hacía de la culpabilidad un elemento constitutivo de todas las infracciones (comprendidas las faltas). Esta concepción era admitida por la mayor parte de los juristas de la época, quienes criticaron acerbamente el Código Penal italiano de 1889 que en su artículo 45 declaraba responsable al autor de una falta por el sólo hecho de su acción u omisión (15).

La exposición de motivos del Código Penal peruano (16) no contiene las razones que determinaron al legislador a tratar de esta manera el problema de las faltas. La doctrina no se ha pronunciado aún al respecto. En nuestra opinión, el carácter dudoso (en el plano científico) e injusto de este art. 383, inc. 1, de nuestro Código se planteaba claramente en relación con algunas faltas; por ejemplo: las vías de hecho, los pequeños robos y la obtención fraudulenta de una prestación, previstas en los arts. 383, 384 y 386 respectivamente, y que tienen como fuente directa de inspiración los arts. 295, 298 y 303 del Proyecto del Código Penal suizo de 1918; en la actualidad arts. 126, 138 y 151 del Código Penal suizo. Cómo castigar, sin contradecir el sano sentimiento de justicia; por ejemplo, el autor de vías de hecho quien, a causa de un error se cree víctima de una agresión ilegítima; o, aquel que de buena fe sustrae cosas ajenas de poco valor, convencido de que son suyas. Esto era aún más chocante si se tenía en cuenta la naturaleza de estas infracciones y la manera cómo ellas eran concebidas por el legislador. Este ejemplo muestra una peculiar técnica legislativa utilizada por el legislador peruano:

reproducir en el Código Penal (art. 383 inc. 1) una disposición general extranjera -en el caso analizado, el art. 399 del Código Penal Uruguayo de 1889-, luego incorporar algunas disposiciones contenidas en otras legislaciones -Proyecto suizo de 1918-, sin tener en consideración que son incompatibles con la disposición general.

Esta incongruencia ha sido eliminada mediante el D. Leg. 121, de 12 de junio de 1981. En el art. 9 de esta norma legal, se dispone la derogación del inciso 1o del art. 383 C.P., en la parte que establece la represión de las faltas sin consideración a la culpabilidad.

1. Das deutsche Reichsstrafrecht, Berlin-Leipzig, 1881.
2. Tübingen 1906.
3. **Welzel**, Kausalität und Handlung, in ZSTW, vol. 51 (1931), p. 703; Studien zum system des Strafrechts, in ZSTW, vol. 58 (1939), p. 491; Um die finale Handlungslehre, Tübingen 1949.
4. **Roxin**, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; **Bockelmann**, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957. Ver: **Leckner** in Handbuch der Forensischen Pschiatric, editado por Göppinger-Witter, 1972, p. 35 y s.; **Jackobs**, Strafrecht, A.T., Die grundlangen und die Zurechnungslehre, p. 392 y s.
5. Ver la miscelánea de artículos de Roxin, publicada y traducida por Muñoz Conde, Culpabilidad y prevención en derecho penal, Madrid 19981.
6. Por ejemplo, el art. 1 del Código penal francés de Brumario decía que el delito consiste "en hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que ella ordena", y el art. 1o de nuestro Código de 1863 expresaba: las acciones o las omisiones voluntarias y maliciosas penadas por ley, constituyen los delitos y las contravenciones.
7. El delito (lato sensu) es, generalmente, designado por la ley con el nombre de infracción (art. 2, 6, 81 y 83 del Código Penal).
8. Ver supra No. 73.
9. Cf. **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 241.
10. **Stooss**, Avant-projet de code pénal, p. 353.
11. **Zürcher**, Exposé des motifs, p. 425.
12. **Zürcher**, Exposé des Motifs, p. 426.
13. **Germann**, Das Verbrechen, p. 101.
14. Cf. **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 242.
15. **Viterbo Arias**, Exposición, T.I., p. 554 y s.
16. Código Penal, Edición oficial, p. 164.

## 2. La acción

### 78. Introducción

Afirmar que el derecho penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. esto es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal; y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor (1). De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante.

La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción no constituye sino el primer paso de su elaboración. Esta supone dar respuesta a cuestiones esenciales. En primer lugar y de manera general, se plantea la interrogante de cómo debe ser concebida la acción. Dos criterios se oponen: el primero pone de relieve el aspecto ontológico de la acción y, en consecuencia, afirma su autonomía en relación al derecho. Se habla entonces de una noción ontica, "prejurídica". El segundo criterio sostiene, por el contrario que la noción de acción sólo puede ser de carácter normativo (2).

Entre los múltiples aspectos que presenta este problema, es de destacar, por ahora, sólo el del rol que se atribuye a la voluntad en la caracterización de la acción.

Otro punto crucial es el referente a la factibilidad de elaborar una noción de acción comprensiva de todas sus formas de aparición, en que se manifiesta el hacer como el omitir, el proceder doloso como el culposo. Unos la admiten otros la rechazan y algunos llegan a sostener que es superflua (3).

En un aspecto esencial existe, sin embargo, un amplio consenso: el de considerar a la acción como un suceso del mundo externo que materializa una manifestación del espíritu de una persona. Suceso caracterizado, en particular, por la posibilidad de dirigirlo y controlarlo (4).

Durante décadas, el cuestionamiento de lo que es acción ha ocupado el centro de las discusiones de los penalistas; en especial, de los germanos. A partir de 1965, más o menos, la intensidad del debate amaina y se adoptan nuevas perspectivas.

### 79. Teorías

#### a) Acción causal o natural:

Los partidarios de la concepción causal o natural de la acción consideran a ésta como un puro suceso causal. Se trataría de un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva de la acción", producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de inervación muscular, "voluntariedad" fase interna "subjetiva" de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad (5). El contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, según los defensores de la teoría causal, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente.

Sus actuales defensores han criticado y modificado este planteamiento original. Con exactitud, se afirma que es insuficiente aseverar que la acción es un movimiento corporal voluntario, ya que sólo se refiere al accionar positivo (6). No deja de ser tampoco correcta la opinión de **Blei**, en cuanto sostiene que nadie defiende ahora una pura teoría causal de la acción y que ésta, en realidad nunca ha sido sostenido; pues, el elemento voluntariedad ya contiene, sin duda, una referencia al fin. **Bauman**, uno de sus principales defensores, dice que acción es "conducta humana guiada por la voluntad" (7) y hace resaltar que este su concepto sólo exige que la conducta corporal sea guiada por la voluntad, y no que esté dirigida a un objetivo (8). Para él, su teoría de la acción es "causal" sólo en cuanto "la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal" (9) y el concepto de acción es un concepto jurídico elaborado en consideración a la situación específica del derecho penal alemán (10).

A pesar de estos esfuerzos, la concepción causal no brinda una correcta explicación de los comportamientos omisivos, muchos de los cuales no son producidos por un impulso de voluntad. Es

el caso, de las omisiones inconscientes; por ejemplo, el guardavía que se duerme y no hace el cambio de agujas, produciendo un grave accidente.

A pesar de designársele con la denominación de "causal o natural", este criterio no pretende, en realidad, describir la "naturaleza" de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la causalidad es elegida como nota distintiva. En este punto radica su insuficiencia; pues, este elemento no es una nota distintiva del comportamiento humano (11) y porque éste puede y es, realmente, considerado desde otras perspectivas. El criterio causal implica una excesiva amplitud del concepto de acción, con el que se comprenderían diversos comportamientos que no están directamente relacionados con el suceso (12).

#### **b) Acción finalista:**

Oponiéndose a la teoría causal, esta concepción afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado (13). La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever, en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; así mismo, él puede tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según **Welzel**, la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; como la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar).

Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal sobredeterminado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento (14). Posteriormente, **Welzel** consideró que mejor sería hablar de acción cibernética en lugar de finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento (15).

Para comprender mejor la acción finalista, consideramos oportuno presentar el siguiente ejemplo, dado por **Welzel** (16): A y B se proponen robar a X, inhabilitándolo previamente para resistir. Con este objeto, optan -primero- por utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego, substituyen este medio -por estimar que X podría morir asfixiado- por el uso de una cachiporra con lo cual lo aturdirían. de esta manera, los autores han escogido una meta a alcanzar; han seleccionado el medio idóneo; y, así mismo, han calculado los efectos concomitantes de su acción. Cuando A y B materializan su proyecto criminal, utilizan la cachiporra, sin lograr aturdir a la víctima; por lo que recurren al primer medio. Estrangular a X con el cinturón hasta que pierde conocimiento, y dejan amarrado el cinturón en torno al cuello de la víctima, mientras se apoderan del botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a X después de reducirlo a la impotencia. Pero, como ellos han modificado la originaria dirección de su acción -destinada a evitar la muerte de X-, han incluido en su voluntad de realización los posibles efectos concomitantes como parte del resultado total a efectuarse para el logro del fin.

La finalidad de la acción no es lo mismo que la voluntariedad de que hablan los seguidores de la tesis causalista. Para éstos es suficiente que el comportamiento puede ser referido a una manifestación de voluntad. Los finalistas, por el contrario, exigen que se determine el contenido de la voluntad. La voluntad consciente de la meta, rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción (17).

En los casos de los delitos dolosos, los finalistas identifican finalidad y dolo. Así, **Busch** (18) sostiene que "esta voluntad de actividad final y que sustenta la acción, es idéntica al dolo -desprovisto de todo contenido ético- sea que se agote en él, sea que lo comprenda como parte de sí misma". De esta manera, el dolo es considerado como elemento subjetivo de la acción y del injusto y se le arranca del campo de la culpabilidad.

En relación a los delitos culposos, afirman los finalistas que el objetivo de tales hechos constituye una propia finalidad del ser, un real proceso psicológico, que se refiere a un resultado extratípico (19).

**Welzel** parte de una crítica severa contra el relativismo axiológico y el normativismo del pensamiento jurídico neokantiano. En las "estructuras lógico-objetivas" del mundo -impregnado de sentido por la vida comunitaria- constata la fusión de elementos críticos y axiológicos. Desde esta perspectiva, describe las "estructuras lógico-objetivas" como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede, por tanto, modificar y a las cuales debe atenerse estrictamente. En derecho penal, la estructura lógico-objetiva fundamental es, según **Welzel**, la acción humana caracterizada, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado (20).

Contra esta idea esencial del finalismo se dirige la crítica que afirma la dependencia de la finalidad del comportamiento humano con relación al sistema normativo. Son los objetivos de éste los que permiten caracterizar la finalidad de la acción. La noción de acción del finalismo no sería, contrariamente a sus afirmaciones, una noción crítica y prejurídica, sino más bien de carácter normativo. De modo que no se podría seguir invocando las "estructuras lógico-objetivas" para justificar el análisis de la infracción (21).

Es cierto que es capacidad propia del hombre la de proponerse fines y de orientarse hacia ellos. Pero, no siempre el hombre actúa de esta manera. Por lo que es exacto afirmar con **Kaufmann** (22) que "la acción final no es sino un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción". Es de considerar que tal definición no comprende a las diversas acciones automáticas (importantes en la circulación automotriz, por ejemplo), a las acciones intempestivas y violentas y a las acciones pasionales (23).

Esta circunstancia es, generalmente, admitida por los partidarios del finalismo. Así, **Stratenwerth** (24) dice que estos "supuestos faltan en el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción"; pero, al mismo tiempo, afirma que, "no obstante su carácter inconsciente, se trata de acciones dirigidas de tal manera que pueden resultar conscientes". Este autor alemán se esfuerza, pues, en explicar que "comportamientos inconscientes son posibles de ser dirigidos hacia un fin", y que "sólo en la medida en que lo sea, es razonable incorporarlos al concepto como objeto posible de la valoración jurídico-penal". Este esfuerzo no logra, sin embargo, neutralizar de manera satisfactoria las objeciones formuladas contra la teoría finalista.

El concepto finalista de acción no comprende el comportamiento omisivo ni explica cabalmente la acción culposa (producción de un resultado ilícito mediante negligencia). A fin de superar las críticas que se hacen, fundamentalmente, a su concepción en el dominio de las acciones culposas, es que **Welzel** se refirió a la noción de cibernética. Los esfuerzos de los finalistas en este sentido no han sido efectivos; de allí que se pueda sostener que la "historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos" (25). Es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, es también una acción final; pero, asimismo, también es cierto que esta su finalidad es jurídicamente irrelevante (extratípica) y que las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad) no se refieren a ella (26).

Se ha tratado también de salvar esta objeción, sin mucho éxito, recurriendo a la noción de "finalidad potencial". Así se dice, por ejemplo, que conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción "realmente finalista"; y que el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una "finalidad potencial"; la misma que condiciona la valoración jurídico-penal. En este sentido, para **Stratenwerth** (27) la clara comprensión del doble rol de la finalidad permite esclarecer en definitiva el hecho de que tanto las infracciones dolosas como culposas se apoyan sobre el substrato de la voluntad real de acción del autor.

Se critica, igualmente, a la teoría finalista por su concepción natural del dolo (considerado sólo como fenómeno psicológico: intención) y porque la naturaleza misma de la finalidad no permite comprender al denominado dolo eventual.

### c) Acción social:

De acuerdo a los partidarios de la concepción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros (28).

Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición. Tal respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado mediante un suceso en principio controlable (causalidad) (29). Según esta concepción, socialmente relevante implica la relación del individuo con el mundo circundante (su milieu), el que es alcanzado por sus efectos. Por lo que es necesario que el comportamiento sea eficaz hacia el exterior; siendo suficiente, en caso de omisión, la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción esperada (30).

De esta manera, los partidarios de la acción social tratan, evitando los errores de los causalistas, de comprender las diversas formas de comportamiento. El elemento común a éstas sería su carácter socialmente relevante.

Determinar la importancia de la acción supone un punto de referencia que es de naturaleza normativa. Un ejemplo claro es el de los actos omisivos. Esta forma de acción se explica sólo con referencia al comportamiento omitido; es decir se espera que alguien realice una acción determinada. La expectativa a la ejecución de esta "acción esperada" esta condicionada por una norma.

Así, la tesis de la acción social -continuadora de la causalista- es también un criterio normativo que está obligado, para constituir una noción unitaria y general, a dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento.

Las mismas observaciones se pueden formular con relación a otras propuestas tendientes a caracterizar la acción. Es el caso, por ejemplo, del criterio de **Kaufmann** (31), conocido como "teoría de la acción personal". Según este autor, la "acción humana" es la configuración responsable, provista de sentido, de la realidad, con consecuencias causales que la voluntad está en condición de dominar (y, por lo tanto, imputables al autor). De acuerdo a esta definición, resulta inadmisibles aceptar que la omisión o constituye una "configuración de la realidad".

La discusión entre los representantes de las concepciones causalista (comprendida la de la acción social) y finalista ha perdido vehemencia e interés. Caracterizado por una orientación teórico-dogmática acentuada, el debate ha ido concentrándose en preocupaciones de índole político-criminal.

De la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción, nos es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción de acción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óptica de la acción dirigida a un meta), no se puede deducir simplemente las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es con la ayuda de éstos, más bien, que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida a un fin, la producción causal de un resultado o el simple no hacer algo (32). Para esto es de tener en cuenta que las normas penales tienen como referencia inicial un daño o un peligro que implican la violación de un bien jurídico.

Debido a que la consecuencia penal no es fundamentada, mediante la ley, en los mismos factores, resultan vanos los intentos para concebir un concepto único y englobante de toda forma de accionar humano relevante para el derecho penal.



Si bien de esta afirmación es factible deducir que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal, esto no significa que su proceder sea siempre correcto y justo. Aquí entran en juego criterios axiológicos y de política criminal y que es indispensable discutir abiertamente.

Al interior del sistema, lo que interesa es el comportamiento típico. De lo afirmado se deducen dos consecuencias: la primera es de índole general, la caracterización de la infracción no está condicionada en definitiva por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera como se concreten las nociones de tipicidad e ilícito. La segunda está más en relación con la problemática de la acción: la función que desempeña la noción de acción, cualquiera que sea su orientación, es de carácter negativo: sirve para eliminar -a partir de los tipos legales, en buena cuenta- los hechos irrelevantes para el derecho penal.

## 80. Legislación nacional

La terminología utilizada por el legislador para designar el comportamiento penalmente relevante es variada e imprecisa. Es la consecuencia necesaria de su técnica legislativa. Su objetivo no era -evidenciado por haber escogido como modelos los proyectos suizos- la precisión dogmática. Pudo esperarse una mayor uniformidad en los vocablos utilizados; pero, no que proporcionase un catálogo de definiciones exactas de las categorías y consecuencias penales. Esto último no es el fin de un Código Penal.

Al consagrar el principio de legalidad, en el art. 3 C.P., se señalan expresamente las dos formas de acción empleando las expresiones acto y omisión. En otras disposiciones legales, se recurre a un término genérico: hecho (art. 9), acto (arts. 81, 82 y 85 inc. 1) y hecho punible (arts. 7, 70, 85, inc. 1 y 100). El vocablo acción es utilizado, en el art. 51, para designar toda forma de comportamiento humano: el juez, al momento de individualizar la pena, tendrá en cuenta "la naturaleza de la acción".

A pesar de las pretensiones "científicas" de los autores del Proyecto de reforma del código, se constata la misma diversidad e imprecisión. En el título dedicado al "hecho punible", el primer capítulo es denominado: "Forma del hecho". Así, se busca, en primer lugar, comprender toda forma de actuar. En el art. 9, al establecerse la relación causal entre el resultado y la acción, se alude a la "acción" y a la "omisión". Esta misma distinción se practica en el segundo párrafo del art. 11. Pero, en el primer párrafo de esta disposición, se dice: "no hay responsabilidad penal, por falta de acción, cuando se comete el hecho..." La ambigüedad de los términos acción y hecho resulta aumentada por su defectuosa utilización.

## 81. Capacidad de realizar acciones

La referencia constante a la voluntad, que hacen todas las teorías, pone en evidencia que sólo el hombre es capaz de actuar. Esta capacidad general de accionar no debe ser confundida con la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) (33). El menor y el enfermo mental pueden realizar acciones; es decir, comportamientos que pueden serles atribuidos como obra propia de ellos.

La capacidad de acción en derecho penal no es reconocida, generalmente, a las personas jurídicas. Cosa distinta sucede en los otros dominios del derecho. Esto es debido a las diferentes maneras como se concibe la acción. No tener en cuenta este hecho, hace afirmar a algunos que "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios" (34) y que "el derecho dice quién es el punto final de imputación de una conducta y quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas" (35). Los defensores de este criterio encontraron apoyo en la teoría de **Gierke** de la personalidad real de la persona jurídica.

A diferencia de lo que sucede en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, predomina en el derecho penal euro-continental el criterio de que las personas jurídicas son incapaces de cometer acciones delictivas (*societas delinquere non potest*).

## 82. Ausencia de acción

No pueden ser calificados de acción los movimientos reflejos que se presentan como reacción inmediata, involuntaria a un estímulo interno o externo (36), por ejemplo, convulsiones, vómitos y en ciertas circunstancias los movimientos instintivos de defensa.

La fuerza física irresistible, prevista en el art. 85, inc. 3, ab initio, tampoco puede considerarse como acción. El violentado carece de voluntad; en buena cuenta, es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de la actividad del violentado. En realidad, la acción no le pertenece. Así, si Cayo, a empellones, hace que **Ticio** con su cuerpo rompa una vidriera, quien produce el daño a Cayo, y tanto da que se sirva de ese cuerpo o de una piedra. En consecuencia, la simple coacción (vis compulsiva) no es suficiente; pues, el coaccionado -a diferencia del sometido a fuerza física irresistible- actúa voluntariamente, aun cuando su voluntad padezca una deformación que la afecta profundamente. Obra coaccionado quien es obligado a hacer o dejar de hacer algo por medio de torturas, padecimientos o amenazas (37).

De la misma manera, no son acción los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, sueño profundo producido por narcóticos, la embriaguez extrema debida al alcohol. Estos últimos casos deben ser analizados de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular. Si son estados en que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre de una grave alteración de la conciencia, no puede decirse que no haya acción. Este estado produce sólo la inimputabilidad del agente, quien es capaz de accionar (art. 85, inc. 1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico se discute mucho; algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Y, este último, se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el hipnotizado (38).

En el Proyecto de Código Penal, se estatuye que no hay acción en caso de sueño natural o provocado", "sugestión hipnótica" y "violencia física a la que (el autor) no haya podido resistir o sustraerse" (art. 11).

Cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción, deberá verificarse si la acción inmediatamente anterior tiene importancia para el derecho penal. En el conocido ejemplo de la madre que causa, por asfixia, la muerte de su hijo recién nacido mientras duerme junto a él, no se puede decir que haya realizado una acción. Sin embargo, puede imputársele el acto de haber conservado, conscientemente, el niño junto a ella.

### **83. Relación de causalidad**

Según las disposiciones de la parte especial, la imposición de una sanción puede fundarse en la simple realización de una acción o sobre el resultado externo e independiente a la acción misma. La calumnia, por ejemplo, es una infracción que se consuma cuando el agente acusa o denuncia a otro ante una autoridad atribuyéndole un hecho punible determinado (art. 186). Aquí, "la propia acción constituye el punto final del tipo legal" (39). Por el contrario, en el caso de homicidio o de lesiones corporales, es necesario que se produzca el resultado (muerte o lesión). En el primer caso, de los denominados delitos de simple actividad, no se presenta un problema de causalidad. Lo mismo puede afirmarse en relación con los delitos de peligro abstracto (40) y los delitos de omisión simple (41). En el segundo caso, de los llamados delitos de lesión, sí es decisiva la constatación de la presencia de nexo causal; en la práctica, sobre todo, en relación a los delitos de homicidio, lesiones, estafa y a los delitos culposos cometidos en el tránsito automotriz (42).

El hecho que el arsénico sea letal, que la explosión de un cartucho de dinamita sea destructor de cosas o que el fuego provoque incendios, constituye una cuestión empírica, no jurídica. Lo es, por el contrario, la interrogante sobre lo que es relevante para el derecho penal (43). Es decir que se trata de fijar el criterio útil para determinar si el resultado (previsto en la ley como efecto extremo y diferente de la acción) puede ser imputado al autor como si fuera su obra.

Diversas han sido las respuestas dadas a este problema. Nos limitaremos a describir, esquemáticamente las más importantes.

### a) Teoría de la equivalencia de las condiciones:

Vinculada estrechamente a la concepción naturalista, se encuentra la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones (44). Conforme este criterio una acción es causa de un resultado cuando no puede ser hipotéticamente eliminada sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado (45). Debido a que no busca distinguir entre las condiciones según su importancia, se le llama también teoría de la "*conditio sine qua non*".

Según esta teoría, no se producirá una interrupción del proceso causal a pesar de que en su desarrollo se presenten circunstancias extraordinarias: por ejemplo, una deficiencia corporal del agente (hemofilia, hígado hipertrofiado por alcoholismo), concurrencia simultánea e independiente de la acción de un tercero (A y B dan, separadamente, sendas porciones de veneno a la víctima); acción de la propia víctima (la víctima de una agresión rechaza la intervención médica que puede salvarla).

La Corte Suprema se aleja de esta concepción cuando declara que no puede imputarse a los acusado X e Y la muerte a A, acaecida de la siguiente manera: debido a que habían herido a M.G., los acusados salieron en persecución de A, éste en su huida cae a un río y perece. Si el Tribunal Correccional que condenó en primera instancia a X e Y, hubiera sido consecuente con su manera de considerar la relación de causalidad, debió también comprender a M.G., quien fue el que dio lugar a la persecución (46). Ya **Binding** había afirmado, con bastante ironía que siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones debería, igualmente, condenarse por adulterio al carpintero que hizo el lecho donde se cometió el delito; más recientemente Helmut **Mayer** afirmó que deberían hacerse responsables, siguiendo este criterio, a ... Adán y Eva de todos los delitos que actualmente se cometen.

En derecho penal, no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad e impide su diferenciación con la imputación al autor, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. En la mayor parte de los casos, se puede reconocer con **Maurach**, y sólo en relación a los delitos comisivos llamados materiales o de lesión, que "los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan sobradamente para aplicar, en el marco de un actuar típico, la causación de un resultado conforme al tipo legal (47).

Esto es así porque, de acuerdo al sistema de razonamiento de las ciencias naturales, aparece como "natural" reputar como causa de la muerte o de las lesiones el hecho de tirar sobre la víctima con un arma de fuego. Dicho de otra manera, para admitir la existencia de la relación de causalidad es necesario saber de antemano que el hecho o el medio utilizado es propio a causar el resultado. Si este no es el caso, la teoría de la equivalencia de condiciones es incapaz de dar una respuesta válida (48). Un ejemplo muy citado es el de la determinación de la causalidad entre la ingestión de cierto medicamento por una gestante y las deformaciones biológicas con que nace el niño (caso talidomida y contergan).

La misma ineficacia presente el criterio analizado en relación con el concurso simultáneo de varias acciones en la realización del resultado . Por ejemplo, la víctima es muerta por tres individuos que la apuñalan al mismo tiempo. Si hipotéticamente se suprime la intervención de uno de ellos, el resultado no dejará de producirse.

Estas objeciones no han sido descartadas. Para atenuar los alcances de la tesis, sus defensores han admitido a la culpabilidad como criterio limitador. En los casos dolosos, éste debe tener conciencia del desarrollo causal y, en los casos culposos, es de constatar la previsibilidad del resultado (49).

### b) Teoría de la causalidad adecuada:

Esta teoría trata más bien de resolver el problema en el dominio mismo de la causalidad. conservando el proceso hipotético propio de la teoría de la *conditio sine qua non*, no admite como causa a toda condición necesaria a la producción del resultado, sino únicamente a aquella que, conforme a la experiencia, es decir, al curso ordinario de las cosas, es adecuada para producir el resultado prohibido. No existirá causalidad cuando el desarrollo del nexo causal es atípico, anormal; en otras palabras, que tiene lugar de manera inhabitual. Al apreciarse la adecuación de la condición

ha de tenerse en cuenta todas las circunstancias de tiempo y de lugar que eran conocidas u objetivamente cognoscibles, de modo que el resultado podía ser previsible (pronóstico posterior objetivo). Se tendría en cuenta, igualmente, el hecho de que el agente poseía conocimientos especiales (médicos, técnicos, etc.) (50).

Este criterio normativo de causalidad también ha sido utilizado por nuestro máximo tribunal en algunas de sus resoluciones. Así, con justa razón consideró "causa verdadera y única del accidente" al hecho de que el chofer del carro X invadió (antirreglamentariamente) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del auto Y, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido (51).

Es, igualmente, interesante recordar que la Corte Suprema para declarar fundada la sentencia del Tribunal Correccional que condenó a M.Ch., a título de autor de lesiones culposas en agravio de D.L., por haber dejado en la vía pública a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas traseras golpeó a D.L., en el cráneo, ha debido admitir previamente, que la omisión del cuidado necesario por parte de M.Ch., fue "causa del resultado dañino y que éste, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder (52).

El aspecto positivo de la teoría de la causalidad adecuada, es el hecho que no pretende ser una respuesta empírica al problema de la causalidad. Sin embargo, los criterios empleados se han relevado demasiado imprecisos. Resulta casi imposible de precisar lo que significa "el curso ordinario de la vida", "el desarrollo normal de las cosas" o "el carácter más o menos excepcional de la cadena causal".

Con el objeto de esclarecer su planteamiento, los partidarios de este criterio afirman que el juez debe, para apreciar el desarrollo de los hechos, colocarse en el lugar de un observador neutro experimentado. Pero, la imprecisión surge nuevamente cuando se tienen que fijar los conocimientos y calidades que deben reunir dicho observador.

En la aplicación de estos criterios, se ha ido tan lejos que resulta difícil distinguir la tesis de la causalidad adecuada del criterio de la equivalencia de las condiciones (53).

### **c) Teoría del riesgo:**

De acuerdo con sus propugnadores (54), el comportamiento del autor sería causa del resultado en la medida que cree o aumente el peligro de su realización. El conducir un auto, en una calle muy concurrida, a gran velocidad debe ser considerada causa del resultado letal debido a que dicho comportamiento crea el riesgo del accidente. No se tendrá por causa, por el contrario, cuando la acción disminuye el riesgo corrido por la víctima.

Este criterio gana constantemente más adeptos; en especial, por sus notorias ventajas en el dominio de las infracciones culposas y las de comisión por omisión. Sin embargo, la dificultad se presenta, aun en estos casos, al tener que señalarse la magnitud del riesgo que debe representar el acto del agente para poder considerarlo penalmente significativo.

### **d) Delitos de omisión:**

El carácter normativo de la apreciación de la relación de causalidad es evidente en los delitos omisivos. En éstos "falta por completo una realidad obrante en sentido mecánico", por lo tanto no es factible admitir que causa un resultado en "forma activa y mensurable en sentido material".

Conscientes de esta realidad, los juristas hablan de una causalidad hipotética: la inacción sería causal si, en las circunstancias del caso concreto, se acepta que el acto omitido hubiera probablemente -es decir, con toda posibilidad- impedido que el resultado se produzca. No se trata pues de aportar la prueba de un suceso real, sino que se trata de una hipótesis: es de preguntarse qué habría pasado si el comportamiento omitido se hubiera realmente producido (55).

Si se trata de una relación causal probable o hipotética, no se puede seguir pensando en la causalidad como una categoría de las ciencias naturales. Se trata de un problema jurídico: optar por un juicio de apreciación que no "sólo puede ser fundado en un algo natural, sino también en un nada natural".

Debido a que la idea de la causalidad natural está tan firmemente incorporada al espíritu de los juristas -afanados y seguros de realizar una actividad científica-, el dogma de la causalidad ha resistido largo tiempo, a pesar que había sido ya cuestionado en las ciencias naturales mismas y en las ciencias sociales. Así, por ejemplo, Karl **Popper** decía: "no vamos a defender ni a contradecir el dogma de la causalidad, vamos, al contrario, a excluirlo de la ciencia por su carácter `metafísico'".

En derecho penal, cada una de las teorías no constituye sino un esfuerzo destinado a fijar los límites en los cuales es factible imputar objetivamente a una persona las consecuencias de su comportamiento.

De acuerdo a la técnica legislativa moderna, el punto primario y esencial es de preguntarse si el acto que da lugar al resultado es uno de los previstos en el tipo legal. De esta manera y en base a consideraciones jurídicas, se establecerá el criterio de imputación objetiva. La respuesta no deberá dejar de tener en cuenta los objetivos de la represión penal. Objetivos determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que se basa el mismo derecho penal. La discusión sobre la causalidad no debe pues ocultar el debate esencial sobre los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo por parte del Estado.

#### **e) Legislación nacional:**

Con mucho tino y siguiendo -sobre todo- el modelo helvético, nuestro legislador no previó, en el Código Penal, ninguna disposición sobre la relación de causalidad.

Como lo hemos visto, el problema de la causalidad constituye un problema de imputación, en el que los elementos normativos son esenciales. Cualquier fórmula legal que trate de establecer estos criterios no dejará de ser simplemente declarativa y su interpretación dará lugar a los mismos problemas que hemos analizado.

En nada se avanza cuando se dice que "el resultado ... es imputable sólo a quien, por acción, lo haya causado o, por omisión, no lo haya impedido". Tampoco se precisa esta fórmula, señalándose que "la causa relativamente independiente que sobreviene excluye la imputación cuando por si sola, produce el resultado..." (art. 9, Proyecto de agosto 1985). El problema permanece insoluble, ya que no se dice cuando se "causa" o "produce" el resultado.

#### **84. Clases de acción: comisión, omisión y comisión por omisión.**

La mayoría de las disposiciones de la parte especial de todo Código Penal describen actos positivos (comisión). El autor debe hacer algo. El viola una norma prohibitiva; por ejemplo, no matar (art. 150).

Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). El autor debe "no hacer algo" para cumplir con las exigencias de la disposición especial. El viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo, "socorrer a alguien en peligro" (art.138).

Nuestro legislador ha creído necesario declarar expresamente que el autor de un delito de omisión es aquel que no hace lo que ordena la ley (art. 101) (56). Si recordamos que son incitas a la ley penal una serie de prohibiciones, mandatos y permisiones, debemos admitir que con esta disposición nuestro legislador se refiere a los casos de reglas de carácter preceptivo. Si la ley ordena "no matar" (art. 150: regla prohibitiva), sería absurdo pensar que el "no-no matar" es un delito de omisión.

La omisión de la "acción esperada" está, generalmente, vinculada a un resultado socialmente dañino, pero la imposición de la pena no depende de la producción de éste, sino que es suficiente la "no realización de la acción legalmente ordenada". El tipo legal en este caso describe las circunstancias de las que surge el "deber de actuar" (en el art. 183; por ejemplo, encontrar a un herido o a cualquier

otra persona es estado de peligro) y señala el fin que se alcanzaría con el accionar positivo (en el artículo indicado, hacer desaparecer el peligro mediante la prestación del auxilio inmediato o alertando a la autoridad). En la acción omisiva debe tenerse en cuenta que el agente se encuentre en la posibilidad de accionar: lo que objetivamente es imposible de evitar no puede ser omitido (57).

En la doctrina, se ha estudiado y estructurado la acción de comisión por omisión (58). A los delitos cometidos de esta manera, se les llama también delitos impropios de omisión. A diferencia de los delitos de simple omisión, en este caso la represión penal encuentra su fundamento en la realización de un resultado socialmente dañino y no, solamente, en la omisión de la acción ordenada por la ley. El autor infringe una norma preceptiva y da lugar por este hecho a un resultado prohibido. es el caso del padre que observa como su hijo por jugar cae en un estanque lleno de agua y sabiendo que corre el peligro de ahogarse no le presta auxilio. Si el niño muere, el padre puede ser considerado como el autor de un homicidio intencional o culposo (conforme a las circunstancias). Se da, igualmente, como ejemplo de este tipo de acción el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. en buena cuenta casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión (59).

Grandes dificultades teóricas y prácticas surgen en relación con estos casos, ya que se trata de atribuir la responsabilidad de un resultado a una persona que no ha actuado positivamente. De allí que se afirme con razón que se trata de saber: ¿en qué condiciones no evitar un resultado (muerte de una persona) es equivalente a su realización comisiva (matar)? En primer lugar, es de señalar que se trata de un problema de interpretación de las disposiciones que regulan delitos comisivos. Salvo raros casos, nuestro legislador no ha estatuido, explícitamente, la represión de un daño ocasionado a un bien jurídico mediante un proceder omisivo. Como ejemplo de represión basada en una acción de comisión por omisión, podemos dar el art. 184 C.P.; en cuanto se refiere al perjuicio grave en la salud (física e intelectual) de un niño menor de 16 años, ocasionado por descuido de quien tiene a su cargo su crianza, educación o guarda (60). Si se sanciona este caso menos grave, cómo podría afirmarse que el legislador tuvo en mente excluir de la represión el caso más grave de la muerte de la víctima.

En relación con estas infracciones no es posible tampoco suponer que se trate de una aplicación analógica de las disposiciones que regulan las infracciones comisivas. No estamos, pues, ante un caso de violación del principio de legalidad.

Como en el caso de los delitos omisivos simples, el criterio determinante es el de la teoría de la acción esperada, que deduce la responsabilidad del autor del hecho de omitir la realización de "algo exigido". Pero, en los impropios delitos de omisión, el deber de actuar del agente para evitar que se produzca el resultado prohibido es un deber especial. Tradicionalmente, se ha afirmado que este deber tendría que proceder de la ley, de un contrato, de una regla de derecho consuetudinario o de una situación de hecho peligrosa, creada por la acción precedente del autor. en todo caso, no podría encontrar fundamento en la realización de la situación típica de los delitos de omisión simple (61).

Contra tal criterio se sostiene que no ofrece límites objetivos claros debido a que no parte del contenido del deber. Por lo que se hace necesario recurrir a un punto de vista material, conforme al cual cabe diferenciar el "deber de protección de bienes jurídicos" y el "deber de vigilancia de una fuente de peligro". El primero puede provenir de reglas jurídicas (Código Civil, por ejemplo), de relaciones fundadas en una estrecha vinculación natural (novios) o de un grupo (andinistas). No son suficientes meros deberes morales (62), o fundados en una "estrecha relación de vida" (63). El segundo tipo de deber procedería de ciertas actividades (el guardavía, el policía de tránsito, etc.), del mantenimiento de ciertas maquinarias o el manipuleo de determinadas sustancias) o de la realización de un comportamiento que crea una fuente de peligro.

El agente, como en el caso de la omisión simple, debe haber estado en condiciones de realizar la acción esperada: "*ultra posse nemo tenetur*". Es decir, deber haber "tenido el poder de hecho para evitarlo" (el resultado prohibido) (64).

En cuanto a la relación de causalidad entre la omisión y el resultado, debe tenerse en cuenta lo que afirmamos anteriormente sobre la imposibilidad de comprenderla de acuerdo a criterios "mecánicos" o "naturales" (65).

La represión de quien incurre en un comportamiento de comisión por omisión suscita dudas en cuanto al principio de la legalidad. Se afirma que su admisión implica una violación de tal principio, debido a que no encuadran en los tipos legales que describen un comportamiento comisivo. Por esta razón, ha surgido la tendencia de regular expresamente esta forma delictiva. con este objeto se incorpora su definición en la parte general del Código. Por ejemplo, los arts. 21, pf. 2, del Código colombiano; 13, pf. 2 del Código Penal Tipo Latinoamericano; 13 del Código Penal alemán; y 12 del Proyecto alternativo alemán. En nuestro país, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) proponen, inspirándose en el Código Penal Tipo, el siguiente texto: "El que deliberadamente no impide un daño responde de él como si lo hubiera producido cuando por las circunstancias del caso debió y pudo evitarlo" (art. 10).

La amplitud y vaguedad de esta fórmula no despejan todas las dudas con relación al respeto del principio de la legalidad. El defecto más grave es la imposibilidad de precisar -en una norma breve, pero completa- los casos en que existe el deber de evitar el resultado dañino.

Como todos los delitos comisivos no pueden ser cometidos por omisión, ni aparece -de acuerdo a correctos criterios de política criminal- necesario establecer una represión generalizada del hecho de no evitar todo el resultado perjudicial, sería preferible de prever, en la parte especial, los casos concretos que es de penar. Así, se protegerían mejor los bienes jurídicos más importantes y, al mismo tiempo, se reforzaría la seguridad jurídica.

1. **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 13.

2. Según Arthur **Kaufmann**, es erróneo oponer un concepto ontológico y otro normativo, ya que la interrogante ¿Qué es acción? va más allá del dominio de la causalidad y de la finalidad, in H. **Mayer** Festschrift, p. 86.

3. Ver: **Otto**, Grundkurs, p. 183.

4. **Schönke-Schröder**, Kommentar, Vorbem No. 13.

5. **Von Beling**, Espquema, p. 19-20.

6. **Heimann-Trosian**, Leipziger Kommentar, Einl. No. 31.

7. **Baumann**, Derecho penal, p. 97; **Heimann-Trosian**, Leipziger Kommentar, Einl. No. 31, dice que es "comportamiento humano dominable en general por la voluntad" ("generell vom Willen beherrschbares menschliches Verhalten").

8. Derecho penal, p. 102.

9. Derecho penal, p. 103.

10. Derecho penal, p. 95.

11. Arthur **Kaufmann**, H. **Mayer** Festschrift, p. 94.

12. **Schönke-Schröder**, Kommentar, Vorbem Art. 13, No. 29; **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 46. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 166, habla de que este concepto de lugar una "regresión ad infinitum".

13. **Welzel**, in Cuadernos de los Institutos No. 116, p. 35.

14. Strafrecht, p. 30-32.

15. **Welzel**, in Cuadernos de los Institutos No. 116, p. 35.

16. Strafrecht, p. 183.
17. **Welzel**, Strafrecht, p. 31.
18. **Busch**, Verbrechenslehre, p. 19, ver: **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 48.
19. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 183.
20. Strafrecht, 11a. edición, p. 33.
21. **Schünemann**, Einführung, p. 34.
22. H. **Mayer** Festschrift, p. 94, 108
23. **Schönke-Schröder**, Kommentar, Vorbem Art. 13, No 33; Arthur Kaufmann, H. Mayer Festschrift, p. 90.
24. Strafrecht, A.T., p. 58.
25. Arthur **Kaufmann**, H. **Mayer** Festschrift, p. 95.
26. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 48.
27. Strafrecht, A.T., p. 59.
28. **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 59.
29. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 169; Wessels, Strafrecht, A.T., p. 15.
30. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 169.
31. H. **Mayer** Festschrift, p. 116. **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 15, considera esta definición de acción como afín a la teoría social de la acción. Esto es acertado, por cuanto el mismo **Kaufmann** dice: "Handlung als Objektivation der Person ist ein Geschehen in der Welt des Sinnhaften, des BEdeutungshaltigen", p. 114.
32. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 67.
33. Ver supra No. 108.
34. Franz **von Liszt**, Tratado, T. II, p. 229-300, nota 4; **Baumann**, Derecho penal, p. 115, 116, 120 y 121. Este autor sostiene que "naturalmente, la persona jurídica no puede actuar sin recurrir a personas naturales ... La cuestión consiste en establecer si a la persona jurídica puede atribuirse como propia la acción de sus organismos (personas naturales)".
35. **Baumann**, Derecho penal, p. 220.
36. Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. III, p. 605; ver bibliografía citada por este autor.
37. Soler, Derecho penal argentino, T. I, p. 228.
38. Cf. Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. III, p. 706 y s.; Petters-Preisendaz, Strafrechtsfälle, p. 11, Schönke-Schröder, Kommentar, Vorbem Arts. 13 ff, No. 82.
39. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 205.



40. Ver infra No. 88.
41. Ver infra No. 83.
42. **Heimann-Trosian**, Leipziger Kommentar, Einl. No. 91; Schönke-Schröder, Kommentar, Vorbem Art. 13 ff, No. 72.
43. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 70.
44. Fundada por Julio **Glaser** y desarrollada por Maximilian von Buri, ver de éste último: Die Causalität und ihre Strafrechtlichen Beziehungen 1885.
45. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 69 y 70; Jiménez **de Asúa**, Tratado, T. III, p. 221; Jescheck, Strafrecht, A.T., p. 208.
46. E.S. del 2 de abril de 1964, in RJP 1964, p. 1194.
47. Strafrecht, A.T., p. 206.
48. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 70.
49. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 217-216; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 209.
50. Strafrecht, A.T., p. 204.
51. E.S. del 9 de octubre de 1935, in AJ 1935, p. 264.
52. E.S. del 17 de agosto de 1936, in RT 1936, p. 283.
53. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 71.
54. **Roxin**, ZSTW 1962, p. 411; **Stratenwerth**, in Festschrift Gallas 1973, p. 227.
55. **Stratenwerth**, Strafrecht A.T., p. 283; **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 74.
56. Esta disposición figuraba ya en nuestro Código de 1863: art. 14.
57. **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 133.
58. Se trata fundamentalmente de una obra de la dogmática y jurisprudencia alemanas, recepcionada luego en otros países. En el art. 13 del nuevo Código Penal alemán, se ha defendido expresamente esta forma de acción.
59. Jiménez **de Asúa**, Tratado, T. III, p. 341.
60. Cf. Roy **Freyre**, Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 276-277; Peña Cabrera, Derecho penal peruano, parte especial, p. 164, **Stratenwerth**, Strafrecht, Besonderer Teil, p 83.
61. **Jescheck**, **Strafrecht**, A.T., p. 470.
62. Contra Jiménez **de Asúa**, La ley y el delito, p. 218. Este autor afirma que, siguiendo a algunos doctrinarios y a la jurisprudencia alemanas, que vasta el quebrantamiento de un deber moralmente exigido por la convivencia social.
63. **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 163.

64. **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 158.

65. Ver supra, No. 82, d.

### 3. Tipicidad

#### 85. Tipo Legal

Como lo hemos señalado inicialmente, la norma jurídico-penal completa está constituida de dos partes: precepto y sanción. La primera, contiene la descripción de la acción humana que el legislador recurre a las notas esenciales referentes al autor, al acto y a la situación de hecho; las cuales fundamentan el contenido ilícito material de la infracción en particular. Es en este sentido restringido que denominamos tipo legal a tal descripción.

Originalmente y en sentido amplio, se comprendió por tipo (Tatbestand) al conjunto de todos los presupuestos, cuya existencia es necesaria para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.), que fundamentan la consecuencia jurídica. En este caso, se trata del llamado tipo de garantía (1).

Una propia teoría del tipo se fundó, por primera vez, por **Beling** (2). Este autor consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad) Todo elemento subjetivo, al que recurre el legislador para realizar tal descripción, pertenece -según **Beling**- a la culpabilidad. Oponiendo de esta manera, al tipo objetivo un tipo subjetivo (culpabilidad).

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

Un criterio totalmente opuesto al sostenido por **Beling** y a la concepción dominante en la doctrina, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción. Partiendo de la afirmación de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado (3); ellos consideran a la intención como un elemento de la acción, y por tanto del tipo legal. Por esta razón, los finalistas distinguen, de un lado, una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida al dolo, tendencias, etc.) (4).

#### 86. Tipo legal, bien jurídico y norma.

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico (5). Al centro de todo tipo legal se encuentran los bienes jurídicos (6), los que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas. En razón a que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, éste tiene ese rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen un excelente medio de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la parte especial de los códigos penales.

Los bienes jurídicos no deber ser confundidos con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal del delito de robo, el bien jurídico es el patrimonio y el "objeto", la cosa mueble ajena. En algunos casos, el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; por ejemplo, en el homicidio.

#### 87. Tipicidad y antijuricidad.

Cuando una acción concreta reúne las características señaladas en un tipo legal, se dice que se adecua al tipo, que es una acción típica. La calidad de una acción de adecuarse a un tipo legal sería la tipicidad. A la acción de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar.

Mediante la elaboración del tipo legal (stricto sensu), el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de las que no lo son. Por esto, se puede decir que como concepto de la teoría del delito y

como grado de valoración en la estructura del delito, el tipo legal cumple una función discriminadora (7).

La adecuación de un acto a la descripción legal comporta la violación de la norma prohibitiva o preceptiva que presupone la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea antijurídico. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se conforma al tipo legal del art. 150; pero no es ilícita, porque la norma del art. 85, inc. 2o., la justifica. La antijuricidad de un acto típico se deducirá de la combinación de normas prohibitivas y permisivas. Teniendo en cuenta que la conducta típica es antinormativa (8) y que, ordinariamente, comporta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico importante, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal independiente, la cual representa una señal que indica donde comienza el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente (9). El legislador indica en el tipo legal todos los elementos de los cuales se deduce, en todo caso, de manera provisional, la específica naturaleza prohibida del comportamiento delictuoso determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad.

Edmund **Mezger** sostiene un criterio opuesto. El afirma que el tipo legal es "fundamento real y de validez ("*ratio essendi*") de la antijuricidad" (10) y define del delito como un acto "típicamente antijurídico..."; pero, siempre hace la reserva de que el acto no esté justificado. "Si tal ocurre -dice el mismo **Mezger**- la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad (11). Esto ha permitido a **Welzel** (12) afirmar que tal concepción es sólo aparentemente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad. Además, se ha objetado a **Mezger** que su teoría lleva "inevitablemente a crear una antijuricidad penal" (13).

En la actualidad, son los partidarios de los llamados elementos negativos del tipo legal quienes niegan la diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad. Según ellos forman parte del tipo, junto a los elementos positivos: sustraer, cosa mueble ajena, apoderamiento, deseo de enriquecerse (hurto), elementos que no deben presentarse: ausencia de un estado de necesidad al hurtar la cosa. De modo que si esta circunstancia concurre, el acto sería atípico. El objetivo de los defensores de esta tesis era la de tratar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación de manera más liberal. En el fondo, se trata de una decisión de política criminal ocultada por este refinamiento teórico. En la actualidad, la tesis de los elementos negativos del tipo ha perdido interés. El criterio discriminador es ampliamente seguido: si bien la tipicidad constituye un nivel de valoración de la acción, no es equivalente a la antijuricidad.

## 88. Elementos del tipo legal.

En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea elementos descriptivos y normativos; que sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas) (14).

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común que se refieren a "determinados estados y procesos corporales y anímicos", y que han de ser "comprobados caso por caso por el juez cognoscitivamente" (15). Por ejemplo, "matar" (art. 150); "cosa" (art. 237), "para ponerla en circulación" (art. 369).

Los elementos normativos "se refieren por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma" (16). Según **Mezger** (17) se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho".

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

Ella puede también consistir en una estimación; por ejemplo, "conducta contraria al honor" (art. 187).

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

En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos estrechamente ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. Jiménez de **Asúa** estima que se trata de "impaciencias del legislador" y que estos elementos normativos deben ser comprendidos estrictamente. En su opinión, estos elementos dan al juez un poder muy grande, haciendo demasiado elástica la definición legal (18). Estos elementos están indicados en las disposiciones legales por los términos siguientes: "ilegítimo" (art. 237), "indebidamente" (art. 297), "sin derecho" o "demanda ilícita" (arts. 223, 249, 216).

En relación a la antijuricidad, elemento del delito, es de tener en cuenta si el adjetivo "ilícito" o "antijurídico" se refiere a algún elemento singular del tipo legal (por ejemplo, art. 244: "se procure o procure a otro un provecho ilícito") o al comportamiento descrito en su totalidad (por ejemplo, art. 223: "el que sin derecho privara a otro de cualquier manera de su libertad personal..."). En el primer caso, se trataría de un verdadero elemento del tipo; en el segundo, una referencia superflua al carácter antijurídico de la acción.

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. El elemento "cosa" del art. 237, no es puramente descriptivo, ya que el intérprete debe desarrollar una actividad valorativa para fijar su amplitud. Al respecto, Karl **Larenz** (19) manifiesta: "no considero que esta diferencia sea feliz. Si por elementos descriptivos se entiende sólo los hechos accesibles a la percepción, y por normativos los predicados de valor, entonces quedan excluidos, tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. Si se incluyen también en los elementos normativos, entonces no se distingue con la suficiente claridad su diferencia de los predicados de valor. En definitiva, todos los elementos del supuesto del hecho son, en un sentido amplio, normativos, precisamente como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica". Este último criterio fue sostenido por Erik **Wolf**; y **Mezger** reconoció expresamente que era exacto, al mismo tiempo que subrayaba la conveniencia por "razones de Derecho público (político) (de) destacar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos descriptivos de los tipos penales, para ello rechazar en tales casos el juicio valorativo con su secuela de indeterminación y subjetivismo, a menudo peligroso" (20).

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

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

Se consideran elementos subjetivos, por el contrario, a las referencias al mundo interno o anímico del autor que el tipo contiene. Las condiciones subjetivas pueden orientarse hacia la culpabilidad o la antijuricidad del acto. En este último caso, ellas son designadas como "elementos subjetivos de la antijuricidad". Estos elementos forman parte del tipo legal cuando son mencionados en él, expresamente (21). Los juristas han discutido mucho en torno a la naturaleza y a la función de estos

elementos, y los partidarios de la teoría finalista de la acción, les atribuyen una importancia excesiva (22). Nosotros estimamos que no es necesario sobrestimar su rol.

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

En la doctrina penal es, generalmente, reconocida la existencia de los elementos subjetivos del tipo referidos a la antijuricidad. La discusión persiste en torno al dolo. dos opiniones se enfrentan: la primera, afirma que el dolo sólo debe ser considerado como una forma de especie de culpabilidad junto a la culpa; la segunda, que el dolo, como elemento subjetivo del tipo, pertenece al ilícito de la acción. Un tercer criterio afirma que el dolo tiene una doble función: configura lo ilícito (en tanto elemento del tipo subjetivo) y la culpabilidad (como una de sus formas). La segunda opción es defendida por los sostenedores de la concepción finalista y de la teoría social de la acción. La voluntad que domina y orienta la acción en las infracciones dolosas, constituye un elemento del tipo legal. Admitir esto, no significa que no pueda ser considerada, en su calidad de "*dolus malus*", como una forma de culpabilidad. **Wessels** (23) habla, por ejemplo, de la "doble función del dolo".

Esta típica discusión dogmática no debe ocultar los objetivos de política criminal perseguidos con la represión penal. No es en la ubicación que se de al dolo dentro del esquema teórico de la infracción, lo que va a determinar la eficacia de la lucha contra la delincuencia.

Igual que en el caso de la distinción entre elementos normativos y descriptivos, es de señalar que la separación entre elementos subjetivos y objetivos, no es tan precisa. Diversos elementos colocados en el grupo objetivo se hallan impregnados de un fuerte subjetivismo. el comprender, por ejemplo, el verbo típico "apropiar" (art. 240) en el sentido de establecer relaciones equivalentes o análogas a las del propietario, significa aceptar tardíamente un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, deviene casi imposible separar tajantemente los elementos del tipo en objetivos y subjetivos (24).

### **89. Clases de tipos legales.**

Según como el legislador ha elaborado los tipos legales de la parte especial del Código Penal, se distinguen diferentes clases de tipos, las cuales tienen una gran importancia para la interpretación de las disposiciones legales y para la clasificación de las infracciones.

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

En relación con el daño causado al objeto de la acción, se diferenciará entre: a) delito de lesión: el tipo legal prevé un daño real al objeto sobre el que recae la acción; ejemplo: el homicidio (art. 150); b) delito de peligro: el tipo legal exige la creación de un peligro como resultado de la acción; por ejemplo: exposición y abandono de persona en peligro (art. 179). Por peligro se comprende una situación singular, la cual, de acuerdo a las circunstancias concretas presentes, hace temer la producción de un evento dañoso (25). Entre estos delitos de peligro, se distingue delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. en los primeros, el peligro es considerado como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios. El legislador no incorpora, por lo tanto, dicho peligro como una nota del tipo legal; por ejemplo, el delito de incendio (arts. 261, pf. 1o.). En el delito de peligro concreto, los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de la influencia nociva del acto. este hecho figura en la descripción realizada por el legislador al elaborar el tipo legal, quien deberá comprobar su existencia al efectuar esa elaboración, e igualmente debe hacerlo el juzgador, en cada caso particular; por ejemplo, el delito de explosión (art. 246).

Si se consideran las formas fundamentales de conducta humana, se distinguirá entre delitos de comisión y de omisión; según que la realización del tipo legal consista en la ejecución de un acto que viola una norma prohibitiva o en la no ejecución de un comportamiento esperado. Se distingue entre

los verdaderos delitos de omisión y los delitos de comisión por omisión. Los primeros son verdaderos delitos formales, ya que en el tipo legal no se hace referencia a la "consecuencia" de la omisión. Los segundos no están independientemente regulados, sino que es necesario una interpretación de los tipos legales correspondientes a los delitos materiales. El resultado ilícito reprimido mediante éstos, es producido omisivamente (26).

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

En relación al número de acciones descritas en el tipo legal, se habla de tipos simples: (en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con el hurto (art. 237) y la bigamia (art. 214). De tipos alternativos: en cada uno de ellos se describen acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de esas acciones. "Gramaticalmente esos tipos quedan caracterizados, casi siempre por el empleo de la conjunción 'o' que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas" (27); ejemplos, el delito de corrupción de funcionarios (art. 349), de encubrimiento (art. 243); de tipos acumulativos: en ellos se describe varias conductas que deben ser cometidas para que la sanción se imponga.

Según la calidad del sujeto activo, hay que considerar los delitos especiales (*delictum proprium*) y los delitos de propia mano. En los delitos especiales la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, el delito de abuso de autoridad (art. 337). Los delitos de propia mano sólo pueden ser cometidos por el autor del delito en persona, y no, por tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto (28); por ejemplo, el delito de seducción (art. 201), de prevaricato (art. 354).

## 90. La sistemática de los tipos legales en la ley.

Las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras; ellas tienen entre sí, por el contrario, determinadas relaciones internas.

Existe la relación entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción, que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 150) y la injuria (art. 188). Los tipos calificados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a la agravación de la pena; por ejemplo, el parricidio (art. 151), el encubrimiento habitual (art. 243, pf. 2o.) y los tipos privilegiados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a una disminución de la gravedad de la pena; por ejemplo, el homicidio por emoción violenta (art. 153), las injurias recíprocas (art. 189). Además se debe distinguir los denominados "tipos legales *sui generis*". Son, también, elaborados a partir de un tipo básico; pero tienen autonomía debido a la manera como han sido concebidos. Por ejemplo, el tipo legal del delito de robo en su primera parte.

El art. 239, ab initio, dice "el que para perpetrar un robo (mejor dicho, un hurto)..."; por lo que no es necesario que se realice el hurto para que se configure el robo. No se trata, pues, propiamente de un tipo calificado; es decir, dependiente del tipo legal del artículo 237 (diferente es el caso en otras legislaciones; por ejemplo, en la Argentina).

## 91. Jurisprudencia

La comprobación de que un acto se adecua o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley, o a no perseguir penalmente al autor de un acto, en realidad típico. Esto es lo que hace el juez instructor aunque sea de manera provisional al momento de decidir si procede abrir instrucción (29). Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el principio de la legalidad.

No es correcto, por ejemplo, absolver a los acusados de haber tenido relaciones sexuales con una menor de trece años, alegando que "el delito contra el honor sexual sólo es justiciable con todo el

rigor de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de 16 años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral (30). Esta última condición no es un elemento de tipo legal del art. 199 y su presencia no es necesaria para reprimir al agente. Si los autores se equivocaron en cuanto a la edad, como se admitió en el proceso, hubiese sido de aplicar el art. 87. Pero, esta disposición, sólo permite disminuir la pena por debajo del minimum. La absolución parece que fue pronunciada teniendo en cuenta que la menor era inmoral.

Tampoco es acertado, reprimir al padre o al hermano mayor que práctica, sin emplear "violencia o grava amenaza" el acto sexual con la hija o la hermana (mayores de 16 años, ahora de 14); pero lo hace abusando de la autoridad que tiene sobre la víctima y que se deriva de las estrechas relaciones familiares que los unen. La Corte Suprema ha admitido que en estos casos es de aplicación el art. 196, porque la manera de proceder antes descrita constituye una especie de "violencia". Este razonamiento no es una mera interpretación (ni extensiva), pues sobrepasa el posible sentido literal del texto legal. Además, si el término "violencia" comprende estos casos de abuso de la autoridad familiar, mencionados, no se explicaría por qué el legislador mencionó la "amenaza grave", que con mayor razón debería considerarse ya comprendida. En realidad, la Corte Suprema recurre a la analogía y lo hace por razones extra legales: "es no sólo contrario a lo moral sino que es un acto, manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales reprimir este acto "importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes; y esto no puede ser (31) ...". Lo cierto es que nuestro Código Penal no contiene disposición alguna que contenga el denominado "delito de incesto", como sucede en otras legislaciones (32). Por más inmoral o antisocial que sea un acto no puede ser reprimido, sino cuando haya sido previsto de manera expresa e inequívoca en una ley previa (art. 3).

---

1. Ver supra No. 27.

2. Ernest **von Beling** fue el que lo concibió, por primera vez, de esta manera: *Lehre von Verbrechen*, 1906.

3. Ver supra No. 29, d.

4. **Welzel**, *Strafrecht*, p. 59 y s.

5. **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 193; sobre la noción de bien jurídico, ver infra No. 85.

6. En contra: **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 195.

7. **Wessels**, *Strafrecht*, A.T., p. 26.

8. **Welzel**, *Strafrecht*, A.T., p. 47; **Stratenwerth**, *Strafrecht*, A.T., p. 67 (1ra. edición).

9. **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p.241.

10. Tratado, T.I., p. 376.

11. Criterio mantenido por **Blei** al continuar la obra de **Mezger**, *Strafrecht*, A.T., p. 107 (14a. edición) y p. 90 (16a. edición).

12. *Strafrecht*, p. 49 y 50.

13. Jiménez de **Asúa**, *La ley y el delito*, p. 239; *Novoa Monreal*, *Curso*, T.I., p. 317.

14. **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 203; **Baumann**, *Strafrecht*, A.T., p. 113; **Larenz**, *Metología*, p. 191. Este último autor afirma: "A los acontecimientos individuales, estados o demás 'datos' que - cada vez determinados de modo general - constituyen en suma - y lo constituyen en una conexión



especialmente configurada - un supuesto de hecho, los llamamos elementos del supuesto de hecho, los llamamos elementos del supuesto de hecho".

15. **Mezger**, Tratado, T.I., p. 388.

16. **Engisch**, in Mezger Festschrift, p. 147.

17. Tratado, T.I., p. 388.

18. Tratado, T. III, p. 181; ver del mismo autor La ley y el delito, p. 257: "Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consoliden la igualdad y la seguridad jurídicas; los elementos normativos por el contrario, las ponen en peligro".

19. Metodología, p. 191, nota 66 (1a. edición).

20. **Mezger**, Tratado, T.I., p. 389. **Heimann-Trosien**, luego de pasar revista a la manera como diversos autores diferencian entre elementos normativos y descriptivos, afirma que la mayoría de elementos calificados de descriptivos requieren de una valoración y de que en tales circunstancias debería rechazarse la opinión, múltiples veces sostenida en Doctrina, de que sería mejor abandonar tal distinción y hablar sólo de "elementos normativos", Leipziger Kommentar, Einl., No 57.

21. Jimenez de **Asúa**, Tratado, T. III, p. 729.

22. Cf. **Mezger-Blei** Strafrecht, A.T., p. 103 (124a edición), ver modificaciones en la 16a, edición, p. 91; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 236-239; **Baumann**, Strafrecht A.T. p. 271 y s. Ver: **Welzel**, Strafrecht, p. 74 y 75.

23. Strafrecht, A.T., p. 31.

24. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 205; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 115.

25. Ver: **Hurtado**, Delitos contra la seguridad pública, p. 114-115 y bibliografía allí citada.

26. Ver supra No. 83.

27. Novoa Monreal, Curso, T.I., p. 323.

28. Ver: **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 239.

29. El art. 77 del Código de Procedimientos Penales estatuye que el juez sólo abrirá la instrucción si cree que el hecho denunciado constituye un delito y que la acción penal no ha prescrito...".

30. E.S. 27 de marzo 1940, in AJ 1950, p. 7.

31. AJ 1964, p. 272. E.S. del 6 de abril de 1964.

32. Por ejemplo, el Código Penal suizo en su art. 213 dice "l'acte sexuel ascendants et descendants, ou entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement pour un mois au moins" - "celui qui aura commis l'acte sexuel avec un descendant mineur âgé de plus de seize ans sera puni de réclusion pour dix au plus" - "Les mineures n'encourront aucune peine s'ils ont été séduits par une personne majeure". Este delito ya había sido previsto en el anteproyecto de 1908 (art. 137) y en los proyectos posteriores. El legislador peruano que utilizó como modelos a estos trabajos legislativos y que conoció, por tanto, estas disposiciones, no las incorporó en nuestro Código.

## 4. La antijuricidad

### 92. Definición

La antijuricidad de un acto consiste en el juicio objetivo y general que se formula en base a su carácter contrario al orden jurídico. No es posible admitir, por esto, una noción específica de antijuricidad para cada dominio del derecho. Sin embargo, esto no significa que los efectos sean los mismos: en derecho civil, ella da lugar a la simple reparación del daño; en derecho penal, al contrario, es una condición indispensable para imponer una sanción.

De acuerdo a lo que hemos explicado respecto a la elaboración de los tipos legales, podemos reafirmar que el legislador describe actos "que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga" (1). La simple adecuación de una acción a un tipo legal, no comporta la afirmación de su carácter antijurídico. Es necesario, además, que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación. Por lo que es de matizar la afirmación de que la tipicidad no es sino un indicio de antijuricidad, en el sentido de que también es un fundamento, porque un acto antijurídico es penalmente relevante sólo cuando se adecua a un tipo legal. Correcto es decir que esto último no "prueba" el carácter antijurídico del acto, ya que puede presentarse alguna causa de justificación (2).

Aprovechando esta situación, el legislador no ha incorporado a nuestro Código una definición positiva de la antijuricidad. Se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos que reúnen los requisitos fijados en la definición legal de la infracción (tipo legal). Esta definición proporciona, pues, sólo "una tosca imagen del suceso" (3); lo que da lugar a que numerosos actos de la vida diaria estén "en si" sujetos al efecto del tipo legal y que se tenga que recurrir a las causas de justificación "para aportar una prueba de derecho positivo de la juridicidad de estas acciones" (4). en derecho penal, una acción es antijurídica cuando se adecua a un tipo legal y no concurre ninguna causa de justificación.

Con cierta frecuencia, se diferencia entre antijuricidad formal y material; entendiéndose por la primera la oposición del acto a la norma prohibitiva o preceptiva, que se encuentra implícita en toda regla jurídico-penal (por ejemplo, "no matar" en relación al art. 150 C.P.). Por antijuricidad material se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto, materializado en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico. Este criterio diferenciador no es del todo correcto y crea más bien confusión. La noción de antijuricidad es integral (5), ya que la violación de la norma lleva en sí siempre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

En nuestro contexto normativo, esta distinción resulta casi superflua, porque las causas de justificación han sido reguladas con bastante amplitud.

### 93. Carácter objetivo de la antijuricidad.

El juicio de valor que afirma el carácter antijurídico del acto no es formulado en relación con la personalidad del autor, sino que se refiere al acto mismo. Por esta razón se habla, en doctrina, del carácter objetivo de la antijuricidad. Este criterio, predominante en la doctrina penal moderna, permite distinguir, claramente, la antijuricidad de la culpabilidad. Como lo veremos más adelante, la culpabilidad es un juicio de valor (de reproche) referente al autor. Sin embargo, se debe tener en cuenta que elementos de naturaleza subjetiva, momentos de carácter personal, pertenecen al objeto de juicio del valor, en que consiste la antijuricidad. De modo que para su formulación no sólo es determinante el resultado (lato sensu) no valioso, sino también el desvalor de la acción misma. Al respecto los juristas son, en la actualidad, contestes. La discusión es clara en relación con los elementos subjetivos que se encuentran, explícitamente señalados, en diversos tipos legales. Por ejemplo, en el art. 369: "Será reprimido con ..., el que indebidamente fabricare moneda de curso legal en la República para ponerla en circulación como auténtica...", constatamos que la afirmación del carácter antijurídico depende de que la voluntad del autor se oriente hacía poner en circulación, como auténtica, la moneda indebidamente fabricada. Otro ejemplo de elemento subjetivo del injusto nos lo proporciona el art. 206, cuando estatuye: "El que, con propósito de lucro, favoreciere la prostitución o corrupción de un menor..." y el art. 320: "El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento...".

Respecto a la intención (voluntad dirigida al resultado), se admite en la doctrina dominante su influencia en la determinación del carácter antijurídico del acto; igualmente, se reconoce este rol a la negligencia en las infracciones culposas. Intención y negligencia tendrían una doble función: en el dominio de la antijuricidad y en el de la culpabilidad.

El fundamento de la antijuricidad no puede reducirse, de un lado, a la sola producción del resultado; ni agotarse, de otro lado, en el aspecto personal de la acción no valiosa. Ambos factores son determinantes; aunque es de remarcar, que mientras se reconozca, en las disposiciones legales, un rol esencial a la producción de un resultado, éste constituye el factor primario del juicio jurídico de desaprobación de la acción (6).

El reconocimiento de los elementos subjetivos no es óbice para que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad ni para rechazar la distinción entre culpabilidad y antijuricidad. Ellos tienen un rol importante en la teoría de la tentativa y en las diferentes causas de justificación.

#### **94. Causas de justificación.**

Las causas de justificación que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecuan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada (7). El orden jurídico permite entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

En doctrina, siempre se han hecho intentos para elaborar un sistema de causas de justificación. No sólo con el objeto de fundamentar debidamente cada una de éstas; sino para formular principios generales que permitan estatuir nuevas causas de justificación. Se pueden distinguir dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. De acuerdo con el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (Zweckstheorie); conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico (8). También son de señalar la tesis de **Noll** denominada de la "confrontación de intereses (9)" y el principio formulado por **Sauer**: "más provechoso que dañino" (10). En oposición a estas opiniones, los partidarios del sistema pluralista tratan de basar las causas de justificación en diversos principios. De esta manera, **Mezger** habló de la "falta de interés" y del "interés preponderante (11)". Es el caso, igualmente, de **Jescheck**, quien recurre tanto a la "confrontación de bienes" como a la teoría del fin, para fundamentar las diversas causas de justificación.

Una contradicción entre ambos tipos de sistemas no existe y sus diferencias se dan sólo en un nivel de acentuada abstracción (12). Los principios son formulados de manera tan general que pierden en significación teórica y práctica (13).

Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad (14), nosotros consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no tan sólo la ley penal (15). Esta concepción ha sido profundizada por los juristas alemanes debido a que su Código Penal enumeraba de una manera incompleta las causas de justificación. La jurisprudencia alemana admitió, por ejemplo, que el art. 20 del Proyecto del Código Penal de 1925 debe ser considerado como derecho vigente (16). En nuestro Código Penal está expresamente previsto que la ley, en general, es el fundamento de las causas de justificación (art. 85, inc. 5). Sin embargo, la ley no es todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de la ley. La doctrina lo admite, ella emplea la expresión "causas de justificación supralegales". Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva (17). Y su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo (18).

En los códigos penales modernos, sus autores han tenido cuidado de normar separadamente las causas de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad y de falta de acción. El legislador peruano no ha adoptado la misma técnica. El ha preferido seguir la del antiguo Código Penal peruano de 1863, inspirado en el Código Penal español de 1848-50. El agrupa bajo un mismo título: causas que eliminan o atenúan la represión, las causas de inimputabilidad y de imputabilidad restringida (art. 85, inc. 1 y art. 90), las causas de justificación (la legítima defensa: art. 85, inc. 2; el estado de

necesidad: art. 85, inc. 3 in fine; el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función o de profesión: art. 85, inc. 4; el acto ordenado por la ley o por una orden obligatoria emanada de una autoridad competente: art. 85, inc. 5), las causas que eliminan la acción (fuerza física irresistible: art. 85, inc. 3 ab initio) y las causas de inculpabilidad (art. 85, inc. 3, segunda frase). Es evidente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción no es conforme a los principios de una correcta técnica legislativa.

En el Proyecto de 1985 (agosto), se propone una sistemática conforme a la legislación moderna. En sendos capítulos, se regulan los aspectos negativos de la infracción: la falta de acción (art. 11); las causas de justificación (arts. 12 a 16), la inimputabilidad (arts. A a 21) y las causas de inculpabilidad (arts. 27 a 32).

## 95. Legítima defensa y sus requisitos.

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

El legislador peruano ha previsto la legítima defensa en el art. 85, inc. 2, C.P. El se ha inspirado fundamentalmente en los incs. 4 y 5 del art. 8 del Código Penal derogado. Y, las modificaciones que él realizó son, en nuestra opinión, de inspiración suiza. Esta disposición ha sido difícilmente modificada mediante la ley D.L. 23404, del 27 de mayo de 1982, estatuyéndose un caso de legítima defensa presunta (ver infra. No. 95).

### a) Agresión ilegítima:

Según nuestro código, la legítima defensa supone una agresión que implica una lesión o la puesta en peligro de un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. Ella debe ser la obra de una persona física que actúa positiva o negativamente (comisión u omisión). No se trata de cualquier agresión. Es necesario que ella sea ilícita, es decir, contraria al derecho, aun si ella no constituye una de las infracciones enumeradas en la parte especial del código (19). No puede hablarse tampoco de agresión ilegítima cuando se da un acometimiento recíproco; por ejemplo, una pendencia (20).

El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable (21). Alberto **Sommaruga** considera, por el contrario y siguiendo a **Manzini**, que "es indispensable que provenga (la agresión) de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento" (22). La Corte Suprema ha admitido la legítima defensa en favor de la madre que reacciona contra un sujeto "sordomudo" e "imbécil-agresivo" que trató de abusar de su menor hija; sosteniendo de esta manera el criterio, generalmente aceptado en doctrina (23). Esta característica personal del agresor debe ser considerada al juzgarse sobre la proporcionalidad de la defensa. El atacado, consciente de esta circunstancia, debe reaccionar mesuradamente.

No actúa en legítima defensa quien "a los pocos momentos" de ser herido arroja una pedrada en la cabeza de quien lo lesionó. La Corte Suprema ha resuelto que no es de admitir la existencia de esta causa de justificación "si se tiene en cuenta que la agresión (reacción)... se produjo, no en acto simultáneo... sino cuando había transcurrido algún tiempo, y cuando ya había quedado concluido el ataque..." (24). Esta decisión es correcta sólo en su parte final, ya que no es requisito que la defensa sea simultánea a la agresión. "Defensa" no puede existir, muy bien lo reconoce la Corte Suprema, cuando la agresión se haya consumado ("cuando ya había quedado concluido el ataque") (25). El Código Penal expresa sólo implícitamente esta condición cuando dice: "impedir o rechazar el ataque". Esta expresión supone, evidentemente, una agresión presente o inminente. Una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. No se puede tampoco considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que fuga después de consumir su fechoría.

Por el contrario, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensa mecánica). La instalación de estos medios de defensa debe ser hecha de manera que

funcionen sólo en el momento en que se produzca el ataque. Además, no deben representar un peligro para la colectividad o los terceros respetuoso (26). algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el "ejercicio de un derecho" y de que no debe admitirse la legítima defensa, por ejemplo: ejercicio del derecho de la propiedad (27).

La referencia al hecho de "impedir o rechazar el ataque" facilita la comprensión de lo que significa defenderse. En el Proyecto de 1985 (agosto), se ha preferido omitir esta alusión expresa a los actos en que consiste la defensa. En su art. 13, se indica, únicamente, que la acción de "obrar en defensa"; es decir de defenderse. Y esto no puede hacerse sino en relación a un ataque que se está por producir o que se está desarrollando. La nueva fórmula sólo constituye, en esta parte, una modificación de estilo. Esta no se conforma del todo al objetivo buscado mediante el proyecto: dar definiciones precisas.

El bien que el agresor trata de lesionar puede ser todo bien jurídicamente protegido. Los ataques contra bienes del Estado no pueden dar lugar, según nuestro Código a la legítima defensa (28); salvo que se trata de bienes individuales; por ejemplo, el patrimonio. Es inadmisibles, en caso de bienes colectivos: seguridad pública, fe pública, etc.

La legítima defensa es la obra del titular del bien jurídico atacado o de un tercero. Nuestro Código estatuye textualmente: "El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro...". Lo mismo se expresa, en el art. 13 del Proyecto de 1985 (agosto, con la frase: "obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos".

Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse de repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo la intervención de la policía. Quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de defender el bien atacado. El debe, pues, conocer la situación excepcional en la cual se encuentra. Se trata, evidentemente, de un elemento subjetivo de la legítima defensa (29). Por el contrario, si las condiciones objetivas y subjetivas de la legítima defensa son realizadas, no hay lugar a considerar los otros móviles del autor al momento del acto.

El autor puede desconocer la existencia del peligro que lo amenaza (agresión) o haber querido emplear la legítima defensa como pretexto para obrar impunemente. Será castigado a título de homicidio por negligencia quien -ignorando que se halla fácticamente en estado de legítima defensa- mata a su agresor por descuido; por ejemplo, se le dispara el arma de fuego que limpiaba; aun cuando, obviamente, sólo este accidente podía impedir el ataque inminente de parte de la víctima (30). Si no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el denominado "pretexto de legítima defensa" (31).

La solución impuesta por la manera como ha sido regulada, en la ley, la legítima defensa, no concuerda plenamente con la concepción que acepta como uno de los fines del derecho penal la protección de los bienes jurídicos fundamentales; en oposición a la concepción "perfeccionista" que tiende a justificar la represión en relación con los móviles o motivos que impulsan al agente (32). Desde una perspectiva liberal, es de preferir el primer criterio; pues no es objetivo del derecho penal el imponer una moral determinada.

#### **b) Necesidad racional del medio:**

Este es el segundo requisito exigido por nuestro legislador para que se de la legítima defensa. Quien rechaza un ataque ilícito no está facultado para recurrir a cualquier medio y causar cualquier daño a quien le agrede de esa manera. Por ejemplo, eliminar físicamente al agresor para proteger un bien de poco valor.

El carácter necesario de la defensa, estatuido tanto en el art. 32 del vigente Código Penal alemán como en el derogado art. 52, es comprendido por los autores tudescos en el sentido de que la defensa constituye el medio adecuado para causar el menor daño al agresor (33). En general, no se debería atender a la ponderación de bienes en colisión, para determinar el carácter necesario de la defensa. **Maurach** (34) manifiesta, en forma expresa, que cualquier bien, en principio, puede ser defendido hasta las últimas consecuencias; aun es lícita la muerte del agresor para salvaguardar un

bien material (propiedad, posesión, patrimonio). Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia buscan limitar los alcances de la defensa, así comprendida, recurriendo a la "prohibición del abuso de derecho" y al principio de "la mayor consideración posible del atacante".

En nuestro país, y teniendo en cuenta la manera como ha sido previsto el requisito de la necesidad de la defensa, éste debe ser considerado teniendo en cuenta la proporcionalidad entre los bienes en conflicto y una cierta equivalencia entre los medios que emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta, o determinada en forma matemática. Será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de medios que pueden ser utilizados. No es necesario ni proporcional; por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de todo daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad -como dice Jiménez de Asúa- "no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida" (35).

En la literatura penal moderna, se sostiene que el criterio a emplearse para determinar la necesidad de la legítima defensa y la proporcionalidad de los medios debe ser de naturaleza objetiva y a establecerse *ex ante*. Por estas razones, Jiménez de Asúa (36) sostuvo -modificando su anterior opinión- que "para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido. Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. el habrá obrado ilícitamente y será sancionado en proporción a su culpabilidad; de acuerdo al art. 90. Si se excedió "en circunstancias inculpables, no será sancionado; pero, no por haber actuado lícitamente, sino sin culpabilidad (37).

La Corte Suprema no exige una proporcionalidad matemática entre los medios de defensa y de ataque. Además, tiene muy en cuenta la proporcionalidad de los bienes de conflicto para aceptar la legítima defensa. De esta manera ha decidido que "no puede haber proporción entre la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, el agravio, fractura en los huesos de la nariz" (38). Para la determinación de la "necesidad racional del medio empleado", nuestro máximo tribunal considera la naturaleza del ataque ("brusco y continuado") y la disponibilidad de medios ("el cuchillo fue el único medio a su alcance en ese momento desesperado"). Empero, su criterio de apreciación no es objetivo y *ex-ante*, ya que admite que el agresor no se le puede exigir "que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que debe existir entre la forma en que se le ataca y la forma en que se defiende" (39). Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados casos de "exceso de legítima defensa" o de "defensa legítima putativa".

### **c) Falta de provocación suficiente:**

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

Examinemos, con relación a este problema, los dos casos siguientes: primero, el autor provoca intencionalmente la agresión, con el objeto de obrar en beneficio de la legítima defensa. Esta será excluida en razón a la inexistencia de una situación de peligro no culpable; en consecuencia, el seudo atacado será perseguido como autor de un delito intencional. En segundo lugar, el autor provoca intencionalmente una agresión, sin la determinación previa de lesionar los bienes jurídicos del agresor. En este caso, es de considerar la naturaleza de la provocación. Si no reúne la calidad de "suficiente", puede admitirse la legítima defensa. El error en que pueda incurrir el que se siente agredido será determinante para fijar su culpabilidad, pero la lesión que cause al agresor es ilícita. También será de tener en cuenta estas consideraciones en relación al que provocó la agresión, sin tener la intención de utilizar como pretexto; ya que no se le puede exigir que soporte, sin reaccionar,

un daño en sus bienes. Su responsabilidad se determinará al momento de fijar su culpabilidad. en todo caso, es de tener presente que el término provocar ha sido tomado en su sentido de excitar, incitar a otro a que reaccione. Quien obra consciente de que va dar lugar a una reacción, debido a la naturaleza de su proceder, no puede sostener que no ha provocado suficientemente.

Quizás debido a las dudas que crea la interpretación del texto legal, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) han preferido, siguiendo otros modelos (Código Penal colombiano, Proyecto argentino de 1960), omitir toda referencia a la circunstancia de la "falta de provocación suficiente" (de origen hispánico).

## 96. Legítima defensa presunta

Mediante la ley 24404, del 27 de mayo de 1982, se ha modificado la regulación de la legítima defensa. El art. 1o. de esta ley dispone que se adicione al inciso 2o. del art. 85 C.P., el párrafo siguiente: "se encuentra comprendido en el párrafo anterior, el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese en su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticamente o usando violencia". De esta manera, se estatuye que el titular de la casa o morada no será reprimido penalmente por haber actuado en legítima defensa. Se trata, pues, de una ficción consistente en admitir que la acción de defender la casa o morada reúne los tres requisitos señalados en el art. 85, inc. 2o., pf. 2o.

Los defectos de esta reforma son numerosos. Si sólo apreciamos el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, las incoherencias siguientes: primero, a pesar que en el párrafo primero de la disposición citada, se hace referencia a la legítima defensa en favor de la persona o de los bienes del agredido ilegítimamente y de la persona o bienes de un tercero, en el párrafo agregado sólo se hace alusión al agente que repele el ataque contra "su casa o morada" ¿Significa esto, que si no es el titular de la casa o morada quien actúa, la ficción estatuida no beneficia a ese buen ciudadano? En segundo lugar, es de destacar la imprecisión en el uso de los términos "casa o morada", sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 230 que reprime el delito de violación de domicilio.

Según esta disposición se trata de "morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o el recinto habitado por otro". De manera que cabe preguntarse, si esta misma distinción es de hacer respecto al texto agregado a la disposición comentada. Así, la ficción establecida sería, igualmente, aplicable a quien rechaza un atacante que penetra en su "casa de negocio". Por último, la referencia al hecho de "pretender ingresar" o de "ingresar" en la casa o morada es incompleta, si se tiene en cuenta que puede tratarse de alguien que ha ingresado con el consentimiento del titular y, luego, abusa de esta confianza para asaltarlo. en este caso, no cabría decir que el delincuente ha ingresado "subrepticamente", no siendo de aplicación, por tanto la ficción establecida.

En cuanto a la concepción de la legítima defensa, la modificación es igualmente defectuosa. Con este objeto partiremos de la pregunta siguiente: ¿La ficción admitida es una ficción *juris tantum* o *de jure*? Es decir, ¿dicha ficción admite o no demostración en contrario? Si la respuesta es afirmativa, significa que el juez debe comprobar en cada caso si se dan los requisitos fijados en el texto original del Código. De modo que cabría preguntarse sobre la razón de una reforma que no agrega nada a la ley y que, por el contrario, la hace perder claridad. Si la respuesta es negativa, implica dar carta blanca para matar, lesionar o privar de libertad a quien pretende ingresar o ha ingresado a casa o morada ajena. La justificación residiría en el presumible peligro que comportaría la acción del atacante contra el patrimonio, la integridad física o la vida de quien defiende su casa o su morada. La comparación entre el bien que se salva (siempre de igual o mayor valor) y el bien que se daña para salvarlo, sería falseada; justificándose así que, en muchos casos, para proteger el domicilio o el patrimonio se dañe la vida o la salud. De esta manera democrática, cristiana y popular se ha invertido la jerarquía de valores. Para que esto no suceda, deberían confrontarse los bienes jurídicos en conflicto; pero sería volver al texto original del Código.

El desconocimiento de lo que es la legítima defensa y del papel que desempeña en la sistemática de nuestro ordenamiento personal, hace que esta reforma sea inútil (en caso de tratarse de una presunción de jure) o incorrecta (en caso, de una presunción *juris tantum*). Además, cabe señalar que en el último caso, la reforma implicaría, en muchos casos, una excepción a lo dispuesto en el art. 90 C.P. La legítima defensa imperfecta por desproporción entre los bienes en conflicto o de los medios

utilizados por quien se defiende, no daría lugar a una simple atenuación de la pena si no a la impunidad.

Los motivos que han impulsado esta reforma se vinculan más al instinto de protegerse, que a criterios racionales válidos. Es, nuevamente, una clara manifestación de la deficiente aplicación de la política criminal del "golpe por golpe" que impera entre nosotros. El hecho que algunos códigos, como el francés y el venezolano, contengan una disposición parecida a la incorporada por la ley 23404, no justifica la reforma. Nuestro Código Penal tiene una sistemática y se inspira de una concepción diferente a la de las mencionadas leyes foráneas.

### **97. Legítima defensa imperfecta (art. 90)**

Este numeral estatuye: "En los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al *mínimum legal*".

Esta disposición de origen español es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel a todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación este art. 90 si no existe una agresión ilegítima. La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. en la práctica, se aplica a los casos en que hay exceso en el ejercicio de una justificante. Este es el criterio admitido en el Proyecto de 1985 (agosto). Así, en el art. 15, se estatuye que la represión será atenuada "cuando el agente exceda" lo establecido en la norma que regula la legítima defensa.

En una Ejecutoria del 26 de abril de 1952, la Corte Suprema establece que "la pena prevista para el homicidio simple se atenúa si el autor ha cometido el delito tratando de defenderse o rechazar una agresión, pero excediéndose en la defensa al emplear un arma que no guardaba relación con el instrumento usado por su contenedor" (40). Pero aun en estos casos, la Corte Suprema ha considerado necesario establecer algún límite. Considera que sólo "si el medio de defensa es excesivo, no procede la aplicación del art. 90 del Código Penal" (41). La atenuación de la pena se funda, sobre todo, en el "estado de ánimo en el cual el agredido ha podido actuar". Esta circunstancia disminuye su culpabilidad, el reproche que se le formula disminuye en intensidad. Si el estado de excitación no de sobrecogimiento provoca una grave alteración de la consciencia, estaríamos frente a un caso de inimputabilidad (art. 85, inc. 1).

Los errores sobre las condiciones objetivas, los límites o la existencia misma de la legítima defensa en que incurra el sujeto activo deben ser examinados de acuerdo a los dispuesto por el art. 87 C.P.

### **98. Estado de necesidad y sus requisitos**

Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente (42).

Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa. Esta no es sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, en el estado de necesidad propiamente dicho, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que ha sido lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita quien merece tal lesión (43).

El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Se equivoca, por tanto, la Corte Suprema cuando afirma que quien acepta un desafío para batirse en duelo actúa en estado de necesidad incompleto al verse amenazado por su contrincante, quien rastrilló su arma dos veces antes de iniciarse el singular combate (44). Estamos ante un caso de estado de necesidad, por el contrario, cuando X amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo, a su esposa. Esta huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa, descendiendo rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por el cual su suegra comenzaba, precisamente a subir, agarrándose a los pasamanos. Con el objeto de abrirse paso tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La



anciana señora (madre de X) pierde el equilibrio y cae; muriendo horas después, a causa de las lesiones que le ocasionara la caída (45).

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

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

#### **a) Peligro inminente e imposible de evitar de otra manera:**

El estado de necesidad supone la existencia de un peligro inminente, ocasionado por un fenómeno natural o por una actividad humana. La fórmula legal es incompleta en este aspecto; pues, también es posible el estado de necesidad cuando el peligro es actual. No existe razón para que en este punto se establezca una diferencia con la legítima defensa. Es correcta, por tanto, la propuesta de indicar en la ley la circunstancia "que el peligro sea actual o inminente" (art. 14, No 1, Proyecto de 1985 (agosto)).

Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre legítima defensa y el estado de necesidad, considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar humano, en el segundo tendría su origen en su suceso natural, o en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Nosotros rechazamos por falsa esta concepción. El agente que lesiona un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto (46). Del texto legal, no se puede deducir una conclusión diferente. La expresión "peligro inminente" de la fórmula legal no establece distinción alguna en cuanto a la fuente del peligro. Lo mismo se puede afirmar respecto del art. 14 del Proyecto de 1985 (agosto), en el que se dice "situación de peligro para un bien jurídico".

El peligro debe ser imposible de evitar de otra manera. Es decir, que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro. Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro. Si es factible, él debe huir del peligro. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario (47).

Esta apreciación no variaría si se suprimiese el adverbio "imposible", utilizado para acentuar el carácter necesario del acto que se comete en situación de peligro. Esta supresión es propuesta en el Proyecto de 1985 (art. 14, No. 3). De esta manera, ganaría en claridad la fórmula legal.

La apreciación respecto a la existencia de la situación de peligro y el carácter necesario de la acción del agente en peligro debe realizarse considerando los factores cuya presencia era conocida por éste o con cuya producción éste debería contar (pronóstico ex ante) (48).

Respecto a la inminencia del peligro y a la subsidiaridad del estado de necesidad, la Corte Suprema recurre, a veces, a criterios bastante amplios. Por ejemplo, en su ejecutoria del 23 de octubre de 1939 (49), admite que no merece ser reprimido penalmente el acusado -enfermo de tuberculosis a la laringe- que se apropia del dinero producto de las ventas que se la habían encargado, debido a que actúa en estado de necesidad.

El titular del bien amenazado no debe tener la obligación jurídica de hacer frente al peligro (guía de montaña, soldado, bombero, etc.) (49). Esta precisión es señalada por los redactores del Proyecto de 1985 (art. 14, No. 4) de la siguiente manera: "que no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo".

En el proyecto, se agrega un requisito que no figura en el código vigente. Se trata de la exigencia que el agente no debe haber provocado intencionalmente la situación de peligro (art. 14, No. 4).

#### **b) Bienes en conflicto y su proporcionalidad:**

El Código Penal derogado permitía la protección de todo bien, pero no autorizaba sino la lesión de bienes de menor valor; su art. 8, inc. 7, declara exentos de responsabilidad criminal al agente "que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial".

El Código vigente faculta a quien se encuentra en estado de necesidad a proteger cualquiera de sus bienes que estén en peligro y a lesionar un bien ajeno (51), para salvar el suyo. No admite la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción se debe a que el legislador no ha podido desligarse de la influencia española. En el Proyecto de 1985 (agosto), se completa esta deficiencia indicándose que el bien por salvarse puede ser del agente o de un tercero (art. 14, primer párrafo).

La fórmula suiza, mas acorde con las exigencias de la realidad, es, por el contrario, bastante amplia como para permitir la protección de los intereses públicos (52). El campo de aplicación del estado de necesidad debe ser limitado para evitar abusos. Con este objeto se recurre al principio de la proporcionalidad de los bienes que se encuentran en conflicto. El valor del bien jurídico lesionado por el autor del acto no debe ser en ningún caso más valioso que el bien preservado.

Nuestro Código no establece, expresamente, esta condición pero ella puede considerarse implícitamente contenida en la frase: "si en las circunstancias en que ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado ". Por el contrario, en el Proyecto de 1985 (art. 14), se establece expresamente esta condición: "lesiona otro bien para evitar un mal mayor". Por su simplicidad, esta fórmula es mejor que la utilizada en el texto vigente.

La proporcionalidad de los bienes debe ser apreciada, como en el caso de la legítima defensa (53), desde el punto de vista objetivo. Es decir, considerando la situación difícil en la que se encuentra el agente. Sin que esto comporte no tener en cuenta lo que pasa en el ánimo del que actúa en dicha situación (54). Esto se desprende de la frase utilizada por el legislador: "no podía razonablemente exigirse del autor".

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

### **99. Naturaleza jurídica del estado de necesidad**

Si todos los juristas están de acuerdo en establecer esta limitación, ellos difieren en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad. Este problema depende, justamente, del valor de los bienes en conflicto. Algunos conciben el estado de necesidad como una causa de justificación, y afirman que el bien preservado debe ser más importante o, al menos, igual al bien lesionado (55). Otros autores estiman que si los bienes son de igual valor, ya no se trata de una causa de justificación, sino de una causa de inculpabilidad (56).

Fieles a las ideas de Jiménez de **Asúa**, los juristas peruanos admiten esta distinción entre estado de necesidad (causa de justificación) y estado de necesidad (causa de inculpabilidad) (57). Esta discusión reviste, una particular importancia práctica, por ejemplo: en el dominio de la participación.

### **100. Aspecto subjetivo.**

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

La disposición que comentamos, expresa esta condición al afirmar: "el que obra por la necesidad de preservarse de un peligro...". Se trata sin duda alguna de un elemento subjetivo. Esta exigencia legal merece la misma objeción formulada en relación con la legítima defensa, en cuanto implica la aceptación de una concepción "perfeccionista".

Este aspecto subjetivo del estado de necesidad es, igualmente, puesto de manifiesto en el texto del Proyecto de 1985 (art. 14). Esto, en la medida que se alude al hecho que el agente debe actuar "para evitar un mal mayor".

### 101. Exceso en el estado de necesidad.

Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación el art. 90; se tratará generalmente de los casos de "excesos" (58).

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

### 102. Otras causas de justificación.

El legislador ha previsto, en el inciso 4o del art. 85 C.P., que no puede ser castigado quien practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión. Es una disposición de clara influencia suiza. Las modificaciones del modelo suizo realizadas por nuestro legislador son debidas a que, de acuerdo al Código italiano de 1889 (art. 49, No. 1), el art. 85, inc. 5, de nuestro Código declara impune a quien actúo por disposición de la ley o en cumplimiento de una orden obligatoria de la autoridad competente (59). De esta manera, el legislador ha querido mejorar y completar las disposiciones contenidas en el antiguo Código Penal, en los incs. 9, 10 y 11 del art. 8. Nuestro Proyecto de 1916 estaba aún ligado a estas disposiciones y muy influenciado por la legislación española (art. 69 incisos 7, 8 y 9). La influencia suiza ha determinado, sin duda alguna, un sensible progreso de la actual legislación en relación con la anterior.

Los juristas suizos frecuentemente han criticado el art. 32 de su Código Penal (semejante al art. 31 del Proyecto de 1918 que es fuente legal del nuestro), ellos estiman que esta disposición constituye una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico, **Stooss** ha estimado que esta disposición sirve para recordar a los jueces suizos, quienes no tienen necesariamente, una formación jurídica, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente por el Código mismo (60). A pesar de su texto bastante amplio, esta disposición es incompleta, porque ella no dice nada del consentimiento de la víctima, por ejemplo.

#### a) Acto ordenado y acto permitido por la ley:

Cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico impusiere a una persona la obligación de actuar y hacerla, al mismo tiempo, penalmente responsable de su comportamiento (61).

El conflicto entre el deber de testimoniar y la prohibición de difamar, o la obligación de respetar el secreto profesional, tienen una gran importancia práctica. Lo mismo sucede entre el deber de informar o de denunciar y la obligación de guardar el secreto profesional. Destaquemos que se trata frecuentemente de un conflicto de deberes. En este caso, la solución es la que enseña Binding: "si hay conflicto de deberes, actúa lícitamente quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de la misma importancia" (62).

Cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado de delito por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que él actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita (63). Por ejemplo, el derecho de posesión (regulado en los arts. 896 y siguientes del Código Civil), autoriza a realizar a su titular a cumplir ciertos actos para gozar de su bien y para defenderlo (en especial, art. 920).

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Cuando el derecho de corrección es ejercido por un maestro, en el cuadro de su actividad pedagógica y en la medida que la ley lo autoriza, se trata más bien de un deber de profesión (64). El titular de este derecho puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor (65). En todo caso, el ejercicio de este derecho debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratamientos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia

de un pretendido derecho de corrección (65). El Código Civil en su art. 423, inc. 3o., prevé que el titular de la patria potestad tiene el derecho de corregir moderadamente al menor. Si él se excede, su acto es ilícito (66).

#### **b) Orden obligatoria:**

Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es punible. es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a derecho. en el primer caso, su cumplimiento tiende a realizar la "voluntad del sistema jurídico mismo" (67). Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo título que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer.

En este último caso, no se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción "diferenciadora" permite comprender mejor las disposiciones del Código. Además, ella está implícitamente enunciada en el art. 86 que dispone: "En el último caso del artículo anterior, la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar"; es decir, que el juez no podrá penar al superior si su orden es conforme al derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado (68).

#### **c) Deberes de función y de profesión:**

Tampoco un acto realizado en el cumplimiento de un deber de función o de profesión es ilícito.

La mención expresa de estos deberes, al lado de los actos ordenados o permitidos por la ley, se justifica, puesto que ellos pueden provenir de una norma jurídica no escrita. Si el legislador hubiese estimado que ellos sólo podían ser establecidos por la ley, no habría tenido necesidad de enumerarlos expresamente (69): nos encontramos pues frente a una referencia a las normas legales y consuetudinarias.

No basta para justificar un acto la existencia de un deber de función es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites de su derecho. Si el funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Así lo reconoce aún, el deficiente D.L. 19644, del 5 de diciembre de 1972, al establecer, en el art. 1o. que "el personal de las Fuerzas Policiales" está exento de responsabilidad penal cuando "en actos de servicio o con ocasión de él, haga uso de sus armas en forma reglamentaria". Como el deber de función, el deber de profesión no puede ser aislado de toda norma jurídica (legal o consuetudinaria). Esta referencia a los deberes de profesión es igualmente una alusión a las órdenes o a los permisos contenidos en todo el orden jurídico, en general (70).

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

De otro lado, se sostiene que tales actos no se ajustan a la definición de la infracción, tal como el legislador la ha formulado en la parte especial del Código. No sería pues necesario invocar una causa de justificación para sustraer al autor de la justicia penal. Desde este punto de vista, el problema pertenecería más a la teoría del tipo legal que a la teoría de la antijuricidad.

La aceptación del consentimiento como excluyente de la tipicidad se funda, primero, en el hecho que el acto medical, con fin terapéutico y no sólo estético, (causa de una lesión, por ejemplo) está destinado a curar y no a dañar la salud del paciente (diferente es el acto de "lesionar"). Segundo, en el reconocimiento del "ámbito del dominio autónomo" de la persona. Es decir, el respeto a la libertad personal de conservación del bien jurídico. La tipicidad se daría en caso de daño producido por una violación de la *lex artis* (lesión culposa). En esta perspectiva, la dificultad se presenta en relación a la represión del galeno que no respeta la voluntad del paciente a someterse al acto medical. La

atipicidad del acto estaría además relacionada con el poder de decisión para disponer del bien jurídico. en caso de la salud, se hace depender de la gravedad de la intervención médica. Si es simple, será atípica. Si es importante, será indispensable, además del consentimiento, la existencia de un fin altamente positivo para la justificación del acto (salvar la vida de otro, por ejemplo) (71). Esta concepción es sostenida sólo por un sector minoritario de penalistas. La mayoría ve en todo acto medical (curativo o estético) un acto típico que requiere ser justificado (por ejemplo, mediante el consentimiento) (72).

#### **d) Consentimiento**

En la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras se admite, generalmente, el consentimiento como una causa de justificación fundada en el derecho consuetudinario. Se le considera, así mismo, de carácter suprallegal; pues, raro es el código que la regula expresamente. Lo hace el Código Penal español, de manera limitada, en materia de lesiones (art. 428). En los diversos proyectos de reforma de nuestro código, no se ha propuesto su inclusión.

La idea de reconocer al consentimiento del agraviado valor justificatorio, ha sido favorecida por el reforzamiento de la libertad individual. Esta no debe ser abusivamente obstaculizada por la pretensión estatal de proteger las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun contra su voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone reconocer a la persona que puede renunciar, en aras de su libertad individual, a la protección penal que le ofrece el Estado.

Unanimidad existe sobre la eficacia restringida del consentimiento como causa de justificación. Establecer los límites de esta eficacia constituye un problema valorativo; pues, supone, implícitamente, lograr un equilibrio entre el interés personal de cada individuo y los intereses sociales de la comunidad. No es pues sólo un asunto técnico penal, ni tampoco se trata de descubrir o precisar los caracteres críticos del consentimiento. Es el orden jurídico en general el que a de precisar los casos en que se reconoce el poder de decisión de renunciar a un bien jurídico. En principio, por ejemplo, no se admite este poder de disponibilidad en bienes tan fundamentales como la vida. Por el contrario, es reconocido en caso del patrimonio, de la libertad y de la integridad personales. Sin embargo, aun en estos casos no es corriente un reconocimiento sin límites. Es inadmisibles el consentimiento como causa justificante cuando están en juego los derechos humanos esenciales. Si una privación de libertad podría ser lícita debido al consentimiento del afectado, sería absurdo admitir lo mismo en caso del hecho de someterse a servidumbre u otra forma análoga.

Los alcances del consentimiento están, igualmente, condicionados por la determinación de los requisitos que debe reunir. Los criterios valorativos son también aquí decisivos.

Sin pretensiones de tratar exhaustivamente el tema, señalemos los siguientes requisitos (74). Primero, quien consiente debe ser capaz de apreciar, correctamente, el fin y la magnitud de la lesión. En caso de incapacidad, es el representante legal el llamado a decidir y sólo de acuerdo a los intereses del representado. La apreciación de la importancia de la lesión está en relación con el conocimiento que el consiente tiene de la situación en que se encuentra. En caso de intervención quirúrgica, el médico está obligado a informar cabalmente al paciente que debe dar su consentimiento.

Segundo, el consentimiento debe ser dado antes de la realización del acto perjudicial. De aquí se deducen dos consecuencias importantes: de un lado, el interesado puede retractarse hasta antes de la acción y, de otro lado, el perdón (consentimiento a posteriori) no justifica el acto ya cometido; aunque puede ser considerado al momento de individualizar la sanción.

Tercero, el consentimiento debe ser dado en plena libertad. Es decir, que no debe ser el resultado de un error u obtenido mediante coacción o astucia.

Además de estos requisitos propios del consentimiento, se requiere, de parte de quien lo alega como justificante de su acción, que éste haya tenido conocimiento de la decisión de la persona lesionada. Evidentemente, antes de haber actuado. Se trataría de un elemento de naturaleza subjetiva.

El consentimiento puede ser dado en forma expresa; pero se admite la existencia de consentimientos presuntos. En ambos casos los requisitos son iguales; pero en el implícito el agente debe siempre actuar en favor de los intereses de la persona dañada.

Para mejor comprender el tratamiento legal del consentimiento, debe tenerse en cuenta que éste desempeña, con frecuencia, un rol importante en el tipo legal. Así, a veces el legislador ha considerado la oposición de la víctima como elemento del tipo, si la mujer consiente en mantener relaciones sexuales o si el titular del domicilio consiente en que permanezca en su casa un tercero, no puede considerarse que los comportamientos sean típicos (arts. 196 y 230 C.P.).

En otras ocasiones, se hace del consentimiento un elemento del tipo legal; por ejemplo, en caso de agio y usura (D.L. 11078 de 5 de agosto de 1949). La conducta del usurero tiene lugar previo consentimiento de la víctima. Si ésta falta, la acción será atípica. En doctrina, se prefiere designar con un nombre diferente estos casos, para distinguirlos de la causa de justificación. Esta es llamada, por ejemplo, en Alemania "Einwilligung" y en los otros casos "Einverständnis". La razón sería que en los casos de atipicidad el consentimiento no debe necesariamente reunir los requisitos exigidos tratándose de causa de justificación.

1. Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. III, p. 773.
2. Cf. **Schönke-Schröder**, Vorbem Art. 13 ff. No. 49.
3. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 286.
4. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 286; Jiménez de Asúa, Tratado, T. III, p. 772.
5. Jiménez de Asúa, Tratado, T. III, p. 869 y s.; la diferencia entre antijuricidad formal y material fue defendida por Franz **von Liszt**, Tratado, T. II, p. 324; **Darbellay**, Théorie générale de l'illicéité, p. 110 y s.
6. Consultar, **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 90; **Schönke-Schröder**, Kommentar, Vorbem, Art. 13, No 52.
7. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 295.
8. **Graf zu Dohna**, Recht und Irrtum, p. 14.
9. In ZStW 77 (1965) p. 1.
10. **Sauer**, Derecho penal, p. 56.
11. Tratado, T. I, p. 207, 225, **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 122-123, prefiere referirse a "falta de ilícito" ("Prinzip des mangelnden Unrechts") y a "preponderancia del derecho" ("Prinzip des überwiegenden Rechts").
12. **Samson**, Systematischer kommentar, A.T., Vor Art. 32, No 22.
13. Cf. **Hirsch**, Leipziger Kommentar, Vor ARts. 51, No. 34, in fine; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 263-264; **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 99-100.
14. Ver supra No. 91.
15. **Germann**, Verbrechen, p. 211; **Jescheck**, Strafrecht A.T., p. 244; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 297.

16. Reichsgericht 61, p. 247, citado por **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 298. El mencionado artículo disponía: "no se da una acción punible cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o por el Derecho civil".
17. **Germann**, Verbrechen, p. 211.
18. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 244-245.
19. **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, k p. 140; Hafter, Lehrbuch, A.T. p. 145.
20. E.S. del 4 de noviembre de 1957, in RJP 1958, p. 388. Ver RT 1939, p. 60.
21. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 133; **Bouzat-Pinatel**, Traité, T.I., p. 362, estos autores estiman que frente a un irresponsable la defensa pierde su carácter justificante y que no es sino un estado de necesidad.
22. In Rev. de d. cienc. pol. 1951, p. 541. Ver: **Antolisei**, Manual, parte generale, p. 218-219.
23. E.S. del 10 de setiembre de 1959, in RJP 1960, p. 89.
24. E.S. del 12 de mayo de 1938, in RT 1938, p. 295.
25. Cf. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 83; **Germann**, Verbrechen, p. 215; **Waiblinger**, FJS No. 1205, p. 6; **Thormann-von Overbeck**, A.T., p. 140; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 128; **Bramont**, Código penal, p. 74; **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 364.
26. Cf. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 134; **Hafter**, Lehrbuch, A.T., p. 144: "Nur dürfen sie nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen". Ver: Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. IV, p. 288 y s.
27. Cf. **Soler**, Derecho penal argentino, T.I, p. 339.
28. **Germann**, Verbrechen, p. 216; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 83. Los juristas alemanes aceptan, por el contrario, la legítima defensa para repeler ataques contra los bienes del Estado, salvo cuando se trata de nociones muy amplias como "orden público", "bien público"; cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 253, **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 129.
29. **Germann**, Verbrechen, p.216; Baumann, Strafrecht, A.T., p. 291.
30. **Waiblinger**, FJS No. 1205, p. 7.
31. Jiménez de **Asúa**, La ley y el delito, p. 295.
32. **Samson**, Systematischer Kommentar, Art. 32, No. 19.
33. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 314; ver: p. 384 del T.I., de la edición española.
34. "Grundsatz des möglichsten Schonung des Angreifers", **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 244, **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 315-316. Ver: Systematischer Kommentar, Art. 32, No. 22-25.
35. Tratado, T. IV, p. 213.
36. Tratado, T.IV, p. 219.
37. Cf. Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. IV, p. 219.

38. E.S. del 17 de noviembre de 1952, in RJP 1952, p. 3121.
39. E.S. del 31 de julio de 1939 y del 15 de junio de 1940, in RT 1939, p. 229 y AJ 1940, p. 82, respectivamente.
40. In RJP 1952, p. 2318.
41. E.S. del 30 de abril de 1951, RF 1951, p. 139.
42. **Spillmann**, Die Strafausschliessungsgründe, p. 21; **Hafter**, Lehrbuch, A.T., p. 151; Jiménez de **Asúa**, La ley y el delito, p. 302; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 320.
43. Cf. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 138; **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 359 y 374.
44. E.S. del 17 de noviembre de 1957, in RJP 1958, p. 98.
45. Bundesgerichtsentscheid 1949 IV, p. 49. Este caso conocido en Suiza como "caso Humberst", ha sido magníficamente analizado por **Noll** in Die Rechtsfertigungsgründe, p. 27.
46. Ver éste acápite ab initio.
47. **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, p. 145; **Germann**, Verbrechen, p. 219; Jiménez de **Asúa**, La ley y el delito, p. 311; **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 364. Ver Supra No. 97a.
48. **Samson**, Systematischer Kommentar, Art. 34, No. 7 y 9.
49. In RT 1939, p. 372.
50. Cf. **Logoz**. Commentaire, partie générale, p. 138; **Spillman**, Die Strafausschliessungsgründe, p. 21; **Germann**, Verbrechen, p. 219; Jiménez de **Asúa**, la ley y el delito, p. 311; **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 364.
51. Ver supra No. 97, a.
52. **Germann**, Verbrechen, p. 219; "Die notstandfähigen Güter sind in Gesetz nicht limitativ aufgezählt. Denkbar ist aber auch der Schutz öffentlicher Intersen".
53. Ver supra No. 94 b.
54. Ver: Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. IV, p. 405.
55. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 82; **Germann**, Verbrechen, p. 53, 218 y 219; **Hafter**, Lehrbuch, A.T., p. 156; **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 141.
56. **Noll**, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 27; **Brägger**, Der Notstand; **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, A.T., p. 145-146, sostienen que el estado de necesidad excluye únicamente la pena cuando los bienes en conflicto son de igual valor. Ver: **Schroeder**, In RPS 1960, p. 12 y s.
57. **Bramont**, Código penal, p. 179. Ver: Jiménez de **Asúa**, La ley del delito, p. 309, y Tratado, T. IV, p. 331 y 340.
58. Ver supra No. 94 c.
59. Esta disposición hace recordar al art. 53 del Código ginebrino de 1874: "No hay infracción cuando el acto fue ordenado por la ley y por la autoridad competente".



60. **Stooss**, in RPS 1897, p. 223; **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, A.T., p. 137.
61. **Bettioli**, Diritto penale, p. 290.
62. **Noll**, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 37; **Hafer**, Lehrbuch, p. 166.
63. **Bettioli**, Diritto penale, p. 285.
64. **Noll**, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 38.
65. **Germann**, Verbrechen, p. 316; J. **Kaufmann**, Das Züchtigungsrecht, p. 15.
66. **Waiblinger**, FJS No. 1204, p. 7; **Hafer**, Lehrbuch, A.T., p. 163; Commentaire, partie générale, p. 127.
67. **Bramont**, Código penal, p. 183.
68. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 352.
69. Contra: **Bettioli**, Diritto penale, p. 291-295. Ver **Soler**, Derecho penal argentino, T.I., p. 270-278, quien considera que la obediencia obligatoria, de la parte del subordinado que no tiene derecho a rechazar su ejecución, como una circunstancia que hace desaparecer la acción.
70. **Noll**, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 38; **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 138.
71. **Hafer**, Lehrbuch, A.T., p. 160.
72. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 118.
73. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 301.
74. Ver: **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 124; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 306; **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 119.

## 5. Capacidad penal

### 103. Generalidades.-

Nuestro ordenamiento jurídico penal distingue dos grandes grupos de personas. Las mayores de 18 años de edad, a las cuales presume capaces de obrar responsablemente y de comprender el significado de la pena; y las menores de 18 años, excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar.

En relación con éstos, y para los efectos de la aplicación de las medidas preventivas y correctivas previstas por ese derecho, no se plantea el problema de la capacidad o imputabilidad de la misma manera que en el derecho penal común. Siendo éste, fundamentalmente, un derecho penal del acto, la imposición de la pena depende del principio de la culpabilidad; "no hay pena sin culpabilidad". Por esto aquí es indispensable comprobar si el agente es capaz de actuar culpablemente. Es decir, si es imputable. en el Derecho de menores, por el contrario, lo determinante es la personalidad y situación del menor. El acto que cometa el menor no es sino la ocasión para la intervención de la autoridad competente, intervención que puede tener lugar aun sin que el menor incurra en un acto antisocial.

En primer lugar, nos ocuparemos de los menores y, luego, separadamente, trataremos de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad de los mayores de 18 años y de las circunstancias que la restringen o eliminan.

### 104. Menores de edad.

En general, las leyes parten de la constatación de que la imputabilidad no aparece de repente, sino que es el resultado de un largo y difícil proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, serían ajenas a la realidad humana y social. Es necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona, quien crece y se desarrolla de acuerdo a sus cualidades innatas y al medio ambiente ("milieu") en que se desenvuelve (1).

Sin entrar a analizar las diversas etapas de la vida del individuo, señalamos que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular tensión interna y externa. Esta será superada, biológicamente con el paso a la pubertad (madurez-sexual); sociológicamente, con la adecuación a un nuevo rol social; precisamente, el del adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por el desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre "su personalidad y su situación vital interna".

El rápido crecimiento biológico del individuo no tiene un progreso correlativo con su desarrollo intelectual y moral.

El adolescente es poseedor de una energía corporal que no cuenta con los mecanismos de control e inhibición del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa, según **Exner** las ha descrito, se caracterizan por "un afán poderoso de imponerse, una elevada acentuación del yo, un deseo a la autoformación y a la autorealización; con una posición de orgullo característica y una disposición revoltosa frente a la obligación y a la autoridad; todo en contradicción característica con un inseguridad interna, que en el último término, viene a ser una señal de debilidad e incapacidad; presunción y falta de previsión que desestiman las consecuencias de su propio hacer, ya se trate de una aventura romántica o de las consecuencias demoledoras para el futuro, de una pena; volubilidad e inconstancia que entran en conflicto con las nuevas tareas de una educación profesional disciplinada; además, los poderosos apetitos sexuales despertados cautivan la fantasía sin encontrar caminos de satisfacción permitidos. En todo momento, una oposición entre el querer y el deber" (2).

La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme, varía en consideración a sus cualidades innatas, al medio geográfico y al contexto socio-cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto al límite; pero sí están de acuerdo en el hecho de que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera con que se juzga a los actos de una persona madura. De ahí que el legislador en

materia penal haya tratado de adecuar, con más o menos fortuna, la regulación de la capacidad penal de las personas a los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias que se ocupan del hombre.

### 105. Evolución legislativa nacional

En nuestro Código Penal de 1863, se diferenciaba a los menores de 9 años; los mayores de 9 y menores de 15 años; los menores de 18 años y mayores de 15; y los mayores de 18 años.

Los menores de 9 años eran considerados como irresponsables criminalmente. Al grupo entre 9 y 15 años, se le favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. En su caso era necesario probar que el individuo, perteneciente a este grupo, obró con discernimiento para imponerle una sanción penal. En caso contrario, debía considerársele como irresponsable (art. 8o, inc. 3o.). De comprobarse que actuó con discernimiento, el juez debía atenuar prudentemente, la pena, debiendo rebajar al menos en dos grados (art. 9, inc. 3o. y art. 60). Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad; pero, procedía la atenuación de la pena (art. 10 inc. 2o. y art. 57).

De esta manera, la mayoría penal estaba fijada a los 9 años. Los mayores de esta edad caían en el dominio del Derecho penal en cuanto incurriesen en una acción delictiva; salvo que fuesen menores de 15 años y hubiesen actuado sin la capacidad de discernir. Es así como en la ley se ampliaba el límite de la mayoría penal. Sin embargo, en la práctica sucedía que a los menores de 15 años se les sometía a todo rigor de las formas del enjuiciamiento lográndose que la jurisprudencia admita que dichos menores permanezcan, durante su procesamiento, en libertad; tomándose cuando más contra ellos la seguridad de ponerlos depositados en poder de persona responsable, hasta que se esclareciera en la sentencia, si obraron con discernimiento o no; y si deben ser o no condenados (3).

Este sistema fue adoptado del Código Penal español de 1848-50; el que a su vez seguía el derrotero trazado por la legislación francesa. En Francia, respecto a los niños de 7 años, se estableció la presunción absoluta de irresponsabilidad penal. La mayoría penal fue fijada en los 16 años, y se estatuyó la obligación de los jueces o jurados a analizar, en caso de los menores de 16 años, si actuaron con discernimiento o no. Si la respuesta era positiva, se le condenaba a una pena atenuada, en razón, justamente, a su minoría. Si se consideraba que actuó sin discernimiento, era entregado a sus padres o confiado a una casa de corrección, hasta que cumpliera 20 años (4).

En los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema del common law se establecía, en principio, una presunción absoluta de irresponsabilidad para los niños menores de 7 años. Esta presunción era relativa para los menores de 14 años y mayores de 7. En este caso, el menor podía ser juzgado por un tribunal de derecho común, según las reglas de este derecho (5).

Con la adopción del Código de 1924, se produce, en nuestro país, un cambio en el dominio del derecho de menores. Inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hace suyos los principios avanzados que, partiendo de los EE.UU. de América, ganaban terreno poco a poco en las legislaciones europeas de comienzos del presente siglo.

El paso decisivo, dado entonces, consistió en el abandono del discernimiento como factor diferenciador entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso.

Los límites de edad fueron fijados en los 13, 18 y 21 años. Los niños (menores de 13 años) y los adolescentes (mayores de 13 años y menores de 18) fueron excluidos del derecho penal común. Pero no para dejar de tomar con relación a ellos una medida determinada; sino más bien para fijar, justamente, una medida que sea adecuada a su situación personal. Respecto a ellos, se coloca al juez ante la siguiente interrogante: ¿Cuál es la medida idónea para salvarlos?, o desde un punto de vista diferente, ¿cómo hacerlos inofensivos para la sociedad? (6). La aplicación de estas medidas dependía de que el menor se encontrase o no en abandono material o moral, en peligro moral o en un estado de perversión moral, o de persistente inclinación a malas tendencias. Por su naturaleza, la medida aplicable se distinguía por ser fundamentalmente curativa o de tratamiento; o por su carácter correctivo-sancionador. Así, por ejemplo, en el caso de menores de 13 años en estado de abandono material, moral o de peligro moral, que hubieran cometido un hecho calificado de delito o falta, la

autoridad competente podía ordenar su entrega a una familia digna de confianza, su internamiento en una casa de educación privativa o pública; o, por último, en un establecimiento apropiado (asilo, institución de asistencia art. 138). Si no se encontraban en abandono ni en peligro, podía dejarlos en poder de su familia, después de una admonición o advertencia a los padres y de una reprimenda al mismo niño, o de arrestos escolares (art. 139). La reprimenda y los arrestos escolares constituyen, en realidad, sanciones adecuadas a la personalidad de los menores. Lo mismo se puede decir en relación a la colocación de un adolescente (mayor de 13 años y menor de 18), que haya cometido una acción reprimida con la pena de prisión, en una Escuela de Artes y Oficios, en una Granja escuela o en una escuela correccional (art. 142). El carácter sancionador o correccional de la medida es más evidente en la colocación del adolescente, autor de un hecho reprimido con penitenciaría o relegación, en una sección especial de la escuela correccional o en una escuela correccional especial (art. 143).

El carácter eminentemente preventivo de estas disposiciones, aunque algunas de ellas tengan un aspecto correctivo-sancionador, radica en que son graduadas a las características personales del menor, y su aplicación depende, fundamentalmente, de estas circunstancias y de su situación personal. Para decidirse entre una u otra, el juez de menores debería considerar, en primer lugar, cuál es el tratamiento, la medida puramente preventiva que conviene aplicar al menor. Sólo cuando la situación del menor no lo exija o cuando su estado de perversión moral o inclinación marcada a las acciones antisociales lo requiera, se le debería someter a una de las medidas más severas, en las que existe un elemento correctivo sancionador. En el derecho penal de adultos, el orden es inverso.

Al momento de sancionar, el juzgado debe preguntarse, en primer lugar, cuál es la pena a la que se ha hecho merecedor el infractor; sólo después de imponérsela, conforme a su grado de culpabilidad, podría considerar la posibilidad de aplicar una medida de seguridad, de acuerdo a la situación personal y grado de peligrosidad del agente.

El paso más importante dado por nuestro legislador en 1924, en favor de una legislación de menores distinta del derecho penal común, lo constituyó la admisión de las medidas previstas en el título de menores, "en todos los casos en que fuera necesaria la preservación o la asistencia de los niños abandonados, moralmente pervertidos o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieran cometido hechos reprimidos como delito" (art. 145).

La concepción admitida por el legislador al adoptar el Código Penal vigente en el dominio de los menores, ha sido respetada y, en cierta medida, acentuada en la elaboración del Código de Menores, Ley 13968 del 2 de mayo de 1962. Las medidas que el juez puede aplicar a los menores son: el cuidado en el propio hogar, la colocación y tratamiento en otro lugar adecuado, la tutela en instituciones de educación, el tratamiento especializado en nosocomios y la tutela y tratamiento especializado (art. 108). Los menores que caen bajo la asistencia y protección del juez son aquellos que se encuentran en estado de abandono o peligro moral, o que hayan cometido un acto considerado como delito o falta.

Las medidas son impuestas de acuerdo con la edad, la personalidad y la situación del menor. En el Código de Menores, se parte de un tratamiento único, en el sentido de que las mismas medidas pueden ser aplicadas a todos (arts. 109, 110 y 113). Sólo en relación a los menores en estado de peligro moral, que manifiestan peligrosidad prematura y que hayan cometido un acto considerado como delito o falta o por otra grave circunstancia, se distingue entre menores de 14 años y menores de 18 años pero mayores de 14. Los primeros serán colocados en una Escuela de Preservación y los segundos en una Escuela de Reeducación, siempre que no requieran un tratamiento especializado, y bajo el régimen de reglas de conducta y vigilancia que señale el juez de menores (art. 112). Por el contrario, en caso de que un menor cometa acto reprimido, según el Código Penal, con internamiento o relegación por tiempo indeterminado, o cuando se ponga de manifiesto su peligrosidad, será internado en la Sección Correctiva de la Escuela de Reeducación (art. 113), sin considerar si alcanza o supera el límite de 14 años.

A partir de esta descripción sucinta del derecho de menores de conducta irregular, es fácil comprender lo alejado que estamos del sistema imperante de 1924. La concepción que inspira a ambos es radicalmente diferente. Resaltemos esto, siguiendo la opinión de un destacado comentarista de nuestro Código derogado. El comentario de José Viterbo **Arias** sobre el art. 9, inc.

2o., del Código de 1863, en el sentido de que "justa y conveniente es la disposición de la ley que favorece al menor de 18 años disminuyéndole la pena que corresponde al delito que ha cometido", refleja la primera diferencia con el derecho vigente: la minoría edad no constituye una simple atenuación de la pena; en realidad, los menores de 18 años están ahora fuera del derecho penal común. Sin embargo, conserva vigencia su opinión de que "a esa edad, aún no se ha vivido lo bastante para conocer en toda su extensión las relaciones sociales y los deberes que de ella se derivan". Mas resultan del todo inconvenientes, para comprender nuestro derecho vigente, sus referencias al discernimiento. Este elemento ha sido eliminado como factor determinante para decidir si el menor debe imponérsele una pena. Sin embargo, es normal que se la tome en cuenta, junto con las demás características personales, para la aplicación de una de las medidas previstas en el derecho de menores; pero, no como factor para saber si cae o no en el dominio del Derecho penal.

La naturaleza del acto cometido, la manera como procedió, la comprensión que tuvo respecto a su accionar, no tienen más importancia que la de síntomas. de allí que en el art. 137 C.P., se dispusiera que "la autoridad competente investigará la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto", y de que esta investigación podía ser completada por un examen médico. En el Código de Menores se dispone, de modo más general, que el juez de menores debe comprender, en su investigación "el estudio de la personalidad del menor, sus características psicofísicas y el análisis de los factores endógenos y exógenos que han podido determinar la conducta irregular del menor" (art. 94).

#### **106. Límite cronológico de la capacidad penal.**

El límite de 18 años ha sido generalmente admitido en los países latinoamericanos y europeos (7). en los EE.UU. de Norteamérica, la mayoría de Estados consideran los 18 años como límite de la minoría penal; lo mismo hace la legislación federal (8). El Seminario europeo sobre bienestar social, celebrado en París el año 1949, recomendó dicho límite, afirmando que esta recomendación "está fundada en el principio de que, por lo general, antes de esa edad no se tiene el modo de pensar del adulto y de que las medidas de orientación y protección podrían ser beneficiosas para los menores que no han llegado a esa edad" (9). Durante ese período, el desarrollo incompleto -física, intelectual y moral (carácter)- permite actuar con más eficacia en la formación del menor, mediante una buena influencia y ejemplos apropiados. Pero, al mismo tiempo, es la época en que los malos ejemplos e influencias perniciosas son más peligrosos debido a que sus consecuencias son más acentuadas y perdurables.

Como y lo hemos afirmado anteriormente, el individuo no alcanza la madurez de un momento a otro. Se trata de un avance paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio entre el límite fijado por el derecho de menores y el derecho penal común, y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulto (maduro) al individuo.

De acuerdo al art. 148 C.P., este período comprende a los individuos mayores de 18 años y menores de 21. A éstos ya se les aplica las normas y sanciones del Derecho penal común; pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente y, en rayón a que la pena debe ser adecuada al grado de culpabilidad del agente, se estima que deben ser sancionados con menos severidad; pero, ya con las sanciones previstas para los adultos. Según el numeral antes mencionado, la pena de internamiento será reemplazada por la de penitenciaría no menor de 10 años; las penas de penitenciaría, relegación y prisión podrán ser reducidas por debajo del mínimo del tiempo aplicable a los mayores de edad por los mismos delitos y, por último, los términos de prescripción se reducen a la mitad.

Esta regla fundada en una constatación científica respecto al crecimiento y desarrollo del individuo e inspirada en los principios de la concepción clásica del derecho penal, no puede ser variada ni abolida en consideración a criterios puramente represivos como lo hizo nuestro legislador en relación a los autores de delitos de traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera, (Ley 15590 del 18 de agosto de 1965) y de robo y de ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales (art. 9 D.L. 19910 del 30 de enero de 1973 disposición derogada mediante el D. Ley 121, art. 12).

Si bien es cierto que, actualmente, la mayoría de delitos son obra precisamente, de personas que se encuentra en este período de desarrollo, también es cierto que el proceso de madurez del individuo aún no ha terminado. **Pinatel** sostiene, con razón, de que "la madurez no comienza sino al final de la adolescencia", de que "hay un período intermedio que va de los 18 a los 25 años, donde el crecimiento aún no ha terminado, donde la osificación evoluciona, el sistema nervioso termina su desarrollo" y, por último, de que "la madurez propiamente dicha comienza a los 25 años" (10).

La toma de conciencia de esta realidad impulsa, actualmente, la tendencia a distinguir un grupo de delincuentes jóvenes (jeunes-adultes, Heranwachsende y young person) a fin de aplicarles un tratamiento especial; no para considerarlos irresponsables; pero sí, para no tratarlos como a los adultos, ya que por su situación personal resulta, con frecuencia, ineficaz la pena que se les impone como si fueran plenamente adultos. sin embargo, si estos jóvenes parecen no haber aún salido de la adolescencia, no pueden ser tratados como menores cuando buscan, precisamente, ser tratados como adultos plenos. En relación con ellos, en la mayor parte de los casos, es necesario recurrir a una medida de prevención; a fin de no estigmatizarlos y traumatizarlos con una severa represión. Es de pensar, por ejemplo, sobre los efectos extremadamente negativos que comporta la aplicación de una larga pena privativa de libertad a un joven mayor de 18 años y menor de 21 años. La extrema severidad de la ley impulsa al juzgador a buscar en cada caso concreto la vía interpretativa que lo conduzca a descender del *minimum legal*, si no es absolver a estos jóvenes delincuentes. Actitud inspirada en un sano sentimiento de justicia; pero, evidentemente contraria a una correcta política criminal. Incorrección debida a la marcada tendencia represiva que sigue nuestro legislador.

En este dominio es interesante observar la evolución de la legislación helvética, tomada como modelo por nuestro legislador al elaborar el Código Penal de 1924. La parte concerniente a los menores, fue una fiel reproducción de las disposiciones suizas. De acuerdo a la Ley federal, modificatoria del Código Penal del 18 de marzo de 1971, si al momento de obrar, el agente es mayor de 18 años pero menor de 25, el juez podrá, en lugar de aplicarle un pena, colocarlo en una casa de educación por el trabajo, en caso de que esta medida se considere como adecuada para impedirle reincidir; y si la infracción por la que se le juzga está vinculada a una perturbación grave del desarrollo de su carácter, o éste se encuentre amenazado, o si la infracción es consecuencia de su estado de abandono, de su mal comportamiento o de su ociosidad (art. 100, 100 bis, 100 ter).

Para este grupo de transgresores, pues, se amplía la aplicación del principio vigente en el derecho de menores: el juez antes de pensar en la pena que merece el agente, debe preocuparse por determinar, en primer lugar, si no es mejor imponerle la medida preventivo-educativa; medida que sustituiría totalmente a la pena en caso de ser eficaz. Dentro de las limitaciones de nuestro medio, debe tenderse a seguir tal camino; en lugar de pretender disminuir la minoría penal y acentuar la represión (11).

Una disminución de la minoría penal no puede encontrar su fundamento en el hecho de que sea inferior al límite cronológico fijado por la legislación respecto a la capacidad civil o política. De allí que la emancipación, el matrimonio o la obtención de un título profesional, circunstancias que ponen fin a la minoría civil, no hacen variar el tratamiento que corresponde al acuerdo a la edad cronológica. Tampoco el hecho que la Constitución, en su art. 65, estatuya que son ciudadanos los mayores de 18 años, no significa que deba considerarse abrogado el art. 148 del Código Penal que considera imputables, relativos a los mayores de 18 años y menores de 21 años. Esto es debido a las características personales antes señaladas y a las graves consecuencias que trae consigo la pena común en la frágil personalidad del joven (12).

En el Proyecto de 1985 (agosto), se vuelve, luego de haberse planteado la solución extrema de reducir el límite a los 14 años (Proyecto de 1984-setiembre), a fijar la edad de 18 años para fijar la capacidad penal. Se prevé una atenuación facultativa de la pena para los jóvenes de 18 a 21 años. Por último, abre la posibilidad de declarar inimputables a quienes "por su cultura o costumbres, comete un hecho punible sin contar con la capacidad de un imputable".

En países como el nuestro, en los que el sistema penal es fundamentalmente represivo, a pesar de que la legislación es de inspiración preventiva, se justifica menos una disminución de la minoría penal. Que la mayor parte de los delitos sea la obra de jóvenes delincuentes no es razón válida para considerar que la mejor solución para combatir esta situación sea la pena concebida para el

delincuente adulto. No quiere decir esto, que reclamemos la impunidad, la irresponsabilidad de los jóvenes, sino que frente a ellos es de recurrir a las sanciones y medidas adecuadas a su peculiar personalidad.

### **107. Imputabilidad: generalidades.**

Un acto antijurídico y típico por sí solo no es suficiente para castigar a su autor. Es necesario que pueda ser considerado como proveniente del autor. Esto es, que pueda serle imputado tanto objetiva como subjetivamente (13). La realización de un resultado delictuoso -muerte, lesión o daño a la propiedad- no basta; sólo la relación personal íntima entre el agente y el comportamiento delictuoso podría fundar la imposición de la pena.

Interrogarse en torno a esta relación entre el agente y su acción, comporta preguntarse sobre la capacidad que tuvo el autor para obrar de una manera diferente. Esto significa, en realidad, tener que referirse a la disyuntiva: determinismo o indeterminismo. La mayor parte de los juristas renuncian, actualmente, a fundar la noción de responsabilidad, exclusivamente, sobre uno de los términos de esta alternativa. No es posible comprender, cabalmente, el problema de la capacidad penal y analizarlo con seriedad, sin hacer referencia a las dos mencionadas concepciones (14).

Si se parte de una concepción puramente indeterminada, se concluye afirmando que los actos son debidos al libre albedrío del hombre, cuya personalidad no es influenciada ni por sus propias predisposiciones, ni por el medio ambiente. La amenaza penal no tendría, en consecuencia, ningún efecto sobre él. Sería imposible considerar responsable al autor y castigarlo.

A igual conclusión se llega, si se parte de una concepción determinista. Desde este punto de vista, el hombre estaría sometido a las fuerzas naturales y su voluntad sería sólo un reflejo de estas fuerzas. El hombre estaría obligado a actuar de cierta manera, sin poder hacerlo de otro modo.

Estas dos concepciones deben ser rechazadas en cuanto pretenden ser respuestas totales y absolutas. Sin embargo, es de tener en cuenta que ellas son parcialmente correctas. El determinismo es acertado en cuanto afirma que todo comportamiento humano se encuentra condicionado por factores, estímulos externos; el indeterminismo, en la medida que reconoce en el hombre una capacidad para decidirse y orientarse de acuerdo a la apreciación que tiene del comportamiento hacia el cual lo impulsan los factores internos y externos.

Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero, el autor es capaz, en cierta medida, de conocer la significación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación (15). La psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos (16). Su capacidad de autodeterminación permite al hombre controlar, conforme a las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertos actos. Es este elemento, el que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

La admisión, por otro lado, de la determinante influencia de los factores internos y externos en la conducta delictiva, ha significado la incorporación de las medidas de seguridad como recursos para mejor combatir el delito. Desde esta perspectiva, se comprende mejor el alejamiento de nuestro derecho, de un lado, de la concepción clásica que consideraba como piedra angular del sistema el libre albedrío, y que reconocía la pena como única reacción contra el delito; y, de otro lado, de la concepción positivista italiana y de sus epígonos que admiten la "responsabilidad social" y estiman que el delincuente debe ser sólo tratado y no sancionado (17).

### **108. Técnica legislativa**

El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta elaborar en la ley una definición positiva de la imputabilidad, se limita a establecer las condiciones necesarias para considerar al autor como imputable (18). Siguiendo, una vez más, al codificador suizo, nuestro legislador ha declarado exento de la pena a quien "comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez o de una grave alteración de la conciencia, y no posee en el momento de obrar la

facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación" (art. 85). Esta disposición consagra la fórmula biopsicológica: para declarar inimputable a una persona, no basta constatar la existencia de un estado anormal (enfermedad mental o grave alteración de la conciencia), sino que es necesario comprobar la causa que ha originado su incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto o para orientar correctamente su comportamiento. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica del Código anterior, que en su art. 8o., inc. 1o., declaraba exento de "responsabilidad criminal" al que obraba en "estado de demencia o locura" (19).

La clásica designación de biopsicológica, adoptada para denominar a la fórmula utilizada por nuestro legislador, ha sido últimamente criticada con razón. Los elementos aludidos como de naturaleza biológica no lo son en realidad. Se trata, en buena cuenta, de factores psicológicos. Los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen, fundamentalmente, este carácter; sino, más bien, son de índole socio-valorativa. Por estas razones, se considera que mejor sería hablar de fórmula descriptiva (elementos fácticos) -normativa (elementos valorativos) (20). De esta manera, se pone en mayor evidencia que la determinación de si un sujeto es imputable o no, es una apreciación (juicio de valor) del juez en base a la constatación de una situación concreta (hecha por los peritos).

La misma fórmula mixta es utilizada en el Proyecto de 1985 (agosto); pero, con modificaciones en la formulación de la regla. Dice el art. 17: "No es imputable el que, a causa de enfermedad mental, retardo mental, trastorno mental transitorio, o cualquier otro disturbio psíquico, no ha podido, en el momento en que ejecutó el hecho punible, comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta comprensión".

### **109. Noción de imputabilidad**

Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto (21) y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación.

Destaquemos, en primer lugar, que el legislador se refiere a la "facultad de apreciar el carácter delictuoso" y no a la "apreciación del carácter delictuoso". Se trata de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales) (22). Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto (23) o de su carácter punible. Ella consiste, más bien, en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal (24).

Cuando el legislador aludo a la facultad de determinarse, se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío, sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles (25). Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive" (26). La ley considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Ella impone, pues, una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar éste su actividad (factor volitivo). La apreciación valorativa de que el agente no tuvo una de esas capacidades al momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.

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

### **110. Inimputabilidad**



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

Se debe tener cuidado de no dar a los términos empleados en la ley el sentido que tienen en medicina. además, la psiquiatría moderna no emplea tales expresiones o ha modificado su significación. La idiotez, por ejemplo, es el grado más grave de la oligofrenia (atrasado mental), que está comprendida en la noción de enfermedad mental (27), de manera que hubiese bastado mencionar ésta en la ley. El sentido de esos términos es el que da el profano en medicina -el jurista y el legislador- en el habla corriente. El punto de vista del legislador está determinado por las condiciones sociales. en esta perspectiva, él aplica el término "enfermedad mental" a los fenómenos psíquicos que le parecen cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva (28).

De modo que por enfermedad mental debe comprenderse todos los trastornos patológicos, innatos o adquiridos, permanentes o pasajeros, que tienen o no un origen somático, que afectan más al entendimiento o a la voluntad, a la vida afectiva o instintiva del individuo (29). este concepto de enfermedad mental es, pues, más amplio que el adoptado, generalmente, en medicina (30). En donde, de otra parte, los especialistas están lejos de sostener un criterio uniforme. Sin embargo, cabe señalar que la opinión dominante defiende una noción restringida.

Enfermedad psíquica o mental, en el dominio de la psiquiatría es la anormalidad psíquica que puede ser remitida a una enfermedad corporal, realmente constatable, o a una supuesta enfermedad de este tipo. No estarían comprendidas aquellas anormalidades que sólo variantes del aspecto psicológico de la persona (psicopatía, anormalidades del instinto sexual, etc.) (31).

El criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad ha sido, en ciertas ocasiones, bastante amplio. en una conocida ejecutoria sostiene que si bien los peritajes médico-legales "no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola sólo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu de las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio ..." (32).

En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia (33); es decir, de su propia conciencia, de la conciencia de los hechos exteriores (34) o de la relación existente entre ambas, lo que implica una perturbación de la autodeterminación (35). Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico; por ejemplo: los estados intermedios de ebriedad, la profunda fatiga, la hipnosis. El legislador emplea con justeza la expresión "grave alteración de la conciencia" y no la de "ausencia total de conciencia". Si ésta falta no hay acción, pues, la voluntad no existe (36).

En los primeros años, siguientes a la fecha en que fue puesto en vigencia el actual Código Penal, es posible afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado sobre la grave alteración de la conciencia. En una ejecutoria del 8 de julio de 1929 expresó que no debía confundirse la emoción violenta a que hace referencia el art. 153, "con la grave alteración de la conciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena" (37). Este criterio restringido fue luego abandonado. La Corte Suprema hizo suyos los siguientes argumentos del fiscal: "si bien el concepto de grave alteración de la conciencia no puede tomarse en sentido retroactivo ya que son muchos los factores que la producen. Los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero hay también estados psíquicos que producen una reacción inmediata instintiva e involuntaria, y este estado de conciencia constituye la emoción... Es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L.V. (el acusado) no se encontraba en situación de apreciar el

carácter delictuoso de su acto ..." (38). Es interesante, igualmente, revisar el fallo en que se absuelve a una madre soltera que -rechazada por sus familiares y amigos- abandona a su hijo recién nacido. Se sostiene en el dictamen fiscal, conforme al cual se pronuncia la Corte Suprema, que "es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada", y que "así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la conciencia ..." (39). Sin embargo, es de destacar que no en todos los casos era correcto recurrir a la "grave alteración de la conciencia" para no penar al acusado. Los dictámenes emitidos por los Fiscales supremos son confusos y frecuentemente inexactos. Esto se nota, por ejemplo, en el siguiente párrafo: "La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera causal y originados por la actitud del agraviado (no pasarle alimentos a su hijo). La encausada por su misma ignorancia y su estado mental (no padecía de enfermedad mental) sufrió grave alteración de su conciencia" (40).

### 111. "*Actio libera in causa*".

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

Hay "actio libera in causa", cuando el autor se ha puesto, culpablemente, en un estado de inimputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción, concebida y decidida tranquilamente por él ("actio libera in causa" intencional) o que él se pone en ese estado pudiendo y debiendo saber que se hacía incapaz de usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber, y para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades" ("actio libera in causa" culposa) (41).

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

Nuestro Código no contiene disposición alguna sobre la "actio libera in causa". sin embargo, el conjunto de sus artículos permite resolver el problema en el sentido que hemos explicado (42). Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) han establecido que "cuando el agente ha preordenado su trastorno mental responde por el dolo o la culpa en que se halla respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación".

### 112. Duda sobre el estado mental del agente

El art. 93 C.P., estatuye que en el caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal ordenará su examen por peritos. Este examen es obligatorio cuando se trate de epilépticos o sordomudos. Los peritos informarán sobre el estado mental y expresarán si procede el internamiento en un hospicio o en un hospital, si hay peligro para la seguridad o el orden público. Esta disposición reproduce con fidelidad el art. 17 del Anteproyecto suizo de 1916.

La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la inimputabilidad, reconoce una singular importancia a la labor de los expertos. ellos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculpado y la medida de seguridad aplicable. Pero, en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto.

En el mismo sentido, aunque en un lenguaje menos preciso, el art. 189 C.P.P., estatuye que "cuando hubiere sospechas de que el inculpado sufre de enajenación mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad, el Juez Instructor, de oficio, o a petición del defensor o del Agente Fiscal, ahora fiscal provincial, mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras". Mediante esta disposición, en opinión de Zavala **Loayza**, autor del Anteproyecto de este Código, se amplían los alcances del art. 156 del Código de procedimientos en materia criminal (1920), "porque no sólo interesa conocer hoy si la responsabilidad del agente se encuentra anulada por la enajenación mental que padezca, sino que importa saber, también, si aquejado el inculpado de otros

estados patológicos, sus condiciones volitivas estuvieron afectadas en el momento de la comisión del delito, presentándose, por consiguiente, el caso previsto en el art. 89 del Código Penal" (imputabilidad restringida) (43). En los proyectos elaborados para modificar la ley procesal, se propuso reemplazar la disposición citada con una de sentido más amplio. en el Proyecto de 1971, el numeral 222 dice que "el juez puede ordenar, cuando lo considere necesario, el examen del procesado, por peritos para establecer sus condiciones personales y las posibles causas que lo determinaron a cometer el delito (44). La norma del Código procesal ha sido, últimamente, completada mediante el art. 4 del D.Leg. 52, llamado Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido de que el Fiscal Provincial debe solicitar al juez "el reconocimiento del inculcado por médicos psiquiatras, cuando tuviere sospechas" de que sufre de "enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal".

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

Si la influencia positivista es patente en esta disposición, ella no contiene, sin embargo, el principio de la responsabilidad social preconizado por el art. 18 del Proyecto italiano de 1921 (45) Se trata, en realidad, de una especie de responsabilidad sin culpa de los inimputables peligrosos (46). El legislador ha querido -así como ha fundado, expresamente, la ampliación de la pena sobre la imputabilidad y la culpabilidad en los arts. 51, 81, 82 y 85, inc. 1- simplemente precisar en el art. 83 que el estado peligroso constituye la base para la aplicación de toda medida de seguridad y de prevención. Desde un punto de vista científico, esta disposición es inexacta, puesto que hace depender la aplicación de tales medidas de la no culpabilidad del autor del acto delictuoso; de otra parte, no se debe olvidar que nuestro legislador hace depender el internamiento y la hospitalización de delinquentes mentalmente anormales de la noción de responsabilidad. Esto prueba que el legislador peruano no ha comprendido la significación y los alcances de las instituciones tomadas del Proyecto italiano y de los proyectos suizos (47).

### **113. La llamada "imputabilidad disminuida".**

La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida (48). La siquiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad; zona en la que se encuentra los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

Frente a este gran problema, la doctrina clásica adopta una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delinquentes en razón de la disminución de su estado mental constatado por los expertos. Claro está, que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrear la imputabilidad (enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia) (49).

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

### **114. Técnica legislativa.**

El legislador español había previsto, desde 1848, un sistema original de circunstancias que eximen o atenúan la pena. El consideraba las circunstancias eximentes que no reúnen todas las condiciones exigidas por la ley como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). En nuestro Código Penal de 1863 y en el Código actual se adoptó la misma técnica. Destaquemos que el Código derogado, de inspiración netamente española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mentales, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

Otros legisladores, por el contrario, comprendieron muy bien que era necesario distinguir expresamente la categoría de delincuentes que, al momento de cometer la infracción, no eran plenamente imputables. De esta manera surge la noción de la "imputabilidad disminuida". Por ser fuente de nuestro Código Penal, nos referimos, nuevamente, al Anteproyecto suizo de 1915 para señalar que su art. 14 estatuyó que "si a causa de una perturbación en su salud mental o de su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena. Para evitar los inconvenientes de la concepción puramente clásica, el legislador suizo incorporó a su ley las medidas de seguridad para estos delincuentes.

Nuestro legislador ha aceptado implícitamente este concepto, cuando dispone en el art. 90 C.P., que "en los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudentemente hasta límites inferiores al *mínimum legal*".

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

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

En relación con los "drogadictos", el D.L. 22095, art. 29, dispone que cuando hayan sido procesados por delitos de tráfico ilícito de drogas, "el Tribunal podrá disponer su internamiento en un centro estatal de rehabilitación para fármaco-dependientes", a cuyo término serán puestos a disposición del Tribunal para que les imponga la condena penal compatible con el delito. Esta disposición implica, en primer lugar, la aceptación de un criterio dualista rígido (medidas de seguridad más pena) y, en segundo lugar, no es conforme a la sistemática de nuestra ley penal, al no tener en cuenta si se trata de un drogadicto inimputable o imputable relativo.

La disminución de la capacidad penal del agente se deberá, generalmente, a la concurrencia de perturbaciones en la salud mental o en la conciencia, o también a un desarrollo mental incompleto. Estos estados que no llegan a hacer desaparecer las facultades de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación, condicionan su debilitamiento. Pero no toda disminución de tales facultades es suficiente para admitir la existencia de la imputabilidad restringida. Ella debe ser relativamente importante (50), pues la noción de hombre normal es concebida de manera amplia. Las pequeñas anomalías no hacen salir, según la ley, al hombre normal de los límites de la anormalidad (51).

En nuestro medio se reconoce, con frecuencia, la presencia de una imputabilidad restringida en los casos de relativa embriaguez, por considerar que el agente actúa "sin perder totalmente el control de sus actos" (52). También, han habido casos en que esta disminución de la imputabilidad se ha hecho depender de "deficiencias mentales" (53). Es interesante analizar la ejecutoria del 5 de enero de 1966, en la que "se condena a la pena de internamiento al autor del doble homicidio perpetrado en agravio de su medio hermano y cuñada ... siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y escasa cultura" (54).

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena reconocida para los casos de imputabilidad disminuida, es debido a que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y por esta razón la disposición que regula debería figurar entre las que norman "la aplicación judicial de las penas" (55).

1. Sobre crecimiento y desarrollo, consultar las explicaciones simples y concretas de

**Piaget**, *Psychologie*, p. 31 y s.

2. **Exner**, *Biología criminal*, p. 279.

3. **Viterbo Arias**, *Exposición*, T.I., p. 70: Este autor no estaba de acuerdo con la determinación de un límite de edad fijo. Opinaba que a cierta edad debería comenzar la responsabilidad para determinados delitos; más tarde, para los que sean violatorios de derechos que sólo se pueden concebir cuando ya se ha ingresado en la vida ciudad; ver: *Exposición*, T.I., p. 69.

4. Sobre la evolución del derecho de menores en Francia, ver: **Besson, Heuyer, Levasseur y Ceccaldi**, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés*, Paris 1958; **Besson, Chombart de Lauwe, Germain, Heuyer, Levasseur**, *Seuils d'âge et législation pénale*, Paris 1961.

5. Consultar: **Fredirich B. Susman y Frederik S. Baum**, *Law of juvenile delinquency*, **Dobbs Ferry**: Ocene Publications, 1968; John P. **Richert**, *L'évolution de la procédure pénale dans le Droit américain contemporains*, in *Rev. int. de crim.* 1973.

6. **Zürcher**, *Exposé des motifs*, p. 33.

7. Ver *Rev. int. de pol. crim.*, p. 183.

8. Ver **Richert**, in *Rev. int. de crim.* 1974, p. 41.

9. *Rev. int. de pol. crim.* 1955, p. 196.

10. **Bouzat-Pinatel**, *Traité*, T. III (*Criminologie*), p. 158.

11. **Clerc**, in *Rev. Sc. Crim.* 1972, p. 320; **Germann**, in *RPS* 1972, p. 337; **Schutz**, in *RPS* 1973, p. 225. En Alemania se aplica el Derecho de menores a los jóvenes de 18 a 21 años desde 1974, ver: *Jugendgerichtsgesetz*, modificada el 11 de diciembre de 1974, art. 105, in **Dreher**, *Strafgerichtsgesetz*, p. 1297 y 1303. Consultar: **Kaiser**, *Jugendalter*, Weinheim Basel 1977.

12. En una encuesta realizada por órganos de las Naciones Unidas, se señala que un gran número de países recomienda la adopción del límite de 25 años y de que la creación de un grupo de jóvenes delincuentes debe ser siempre considerada como un medio, puede ser temporal, de definir una categoría bastante restringida para permitir una cierta individualización del tratamiento y para facilitar la especialización de jueces, del personal correccional y de agentes de readaptación. Ver: *Le jeune adulte délinquant; Etdues de la pratique et des programmes actuels de prévention et de traitement*, Nations Unies, new York 1965, p. 9 y 126.

13. **Mezger**, *Tratado*, T. II, p. 280; **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 301; **Clerc**, *Introduction*, T.I., p. 69.

14. **Lange**, *Leipziger Kommentar*, Art. 51, No. 5-6; **Maurach**, *Strafrecht*, A.T., p. 425-427.

15. **Maurach**, *Strafrecht*, A.T., p. 427; **Germann**, *Verbrechen*, p. 120, nota 158.

16. Cf. **Jescheck**, *Strafrecht*, A.T., p. 309-310; **Maurach**, *Strafrecht*, A.T., p. 427-428.

17. **Mannheim**, *Kriminologie*, T.I., p. 46; **Spolansky**, in *Rev. de c. pen. crim.* 1968, No. 1, p. 6.

18. Raramente se encuentra en los Códigos penales una definición positiva de la imputabilidad. El art. 85, inc. 2, del Código Penal italiano estatuye: "es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer".

19. En relación con los menores se descartó en criterio de discernimiento; ver supra No. 93.
20. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 163.
21. Jimenez de **Asúa**, La unificación, p. 136.
22. **Jolidon**, L'appréciation de la responsabilité, p. 35-36; **Welzel**, Strafrecht, p. 148.
23. Jiménez de **Asúa**, La unificación, p. 136.
24. **Thormann/Von Overbeck**, Kommentar, A.T., p. 70.
25. Jiménez de **Asúa**, La ley y el delito, p. 333; **Thormann/Von Overbeck**, Kommentar, A.T., p. 70.
26. **Jolidon**, L'appréciation de la responsabilité, p. 41-42.
27. El profano califica la idiotez como una perturbación psíquica de un grado tal que el sujeto es casi inepto para obrar como un individuo dotado de capacidades intelectuales, pudiendo las otras funciones psíquicas permanecer intactas. Cf. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 103; **Jolidon**, L'appréciation de la responsabilité, p. 22.
28. **Jolidon**, L'appréciation de la responsabilité, p. 21, siguiendo la obra de **Binder**, Die Geisteskrankheit im Recht.
29. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 103.
30. Cf. **Maurach**, Strafrecht A.T., p. 432; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 164-165; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 329.
31. **Schneider**, Zurechnungsfähigkeit, p. 12 y 67, **Göppinger**, Kriminologie, p. 163; **Moser**, Repressive Kriminalpsychiatrie, p. 68 y s.
32. In AJ 1943, p. 445.
33. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 40.
34. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 166; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 433; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 328.
35. **Lange**, leipziger Kommentar, Art. 51, No. 19; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 166; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 433; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 328.
36. Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de acción; cf. **Logoz**, Commentaire, p. 40; contra: **Binding**, Normen, T.II, p. 117.
37. In AJ 1959, p. 81.
38. E.S. del 13 de noviembre de 1952, in RF 1953, p. 266.
39. E.S. del 28 de octubre de 1949, in RJP 1949, p. 939; ver, igualmente, E.S. del 3 de octubre de 1958, in RF 1958, p. 671.
40. In RF 1958, p. 672.
41. Ver: **Zürcher**, Exposé des motifs p. 45; **Stooss**, in RPS 1929 p. 130, nota 1; **Graven**, responsabilité pénale, p. 10; **Haftner**, lehrbuch, A.T., p. 112 y 113; **Clerc**, Introduction, T.I., p. 76.

42. Jiménez de **Asúa**, Derecho penal, p. 17.
43. Zavala **Loayza**, Derecho procesal, p. 293.
44. Ver: Proyecto del Consejo Nacional de Justicia, art. 207.
45. "Los autores y copartícipes son siempre legalmente responsables, salvo los casos en que el acto sea justificado".
46. **Abastos**, In Rev. de d. y cienc. Polit. 1937-38, p. 11; **Bramont**, Código penal, p. 162.
47. **Hurtado**, in Derecho 1972, p. 103.
48. **Hafer**, Rektoratsrede, p. 11.
49. Quintado **Ripolles**, Derecho penal, T.I., p. 277 y s.
50. El Código Penal alemán establece, expresamente, esta condición: "War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert...". Ver: **Dreher**, Strafgesetzbuch, art. 21.
51. Cf. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 107; **Logoz**, Commentaire, p. 44.
52. E.S. del 28 de mayo de 1951, in RJP 1951, p.414 y 540.
53. E.S. del 12 de enero de 1949, in AJ 1949, p. 225.
54. In RJP 1966, p. 396, Respecto a psicópatas e inimputables, ver: **Spolansky**, in Rev. de d. y crim., p. 83 y s.
55. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 370-371; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 173; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 445; Ver: **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 43.

## 6. Culpabilidad

### 115. No hay pena sin culpa.-

Junto con el principio de legalidad, el de la culpabilidad constituye la base de nuestro derecho penal. No basta que el autor haya realizado una acción típica y antijurídica para castigarlo, sino que es indispensable que haya también obrado culpablemente, lo que a su vez, presupone su imputabilidad. Vale decir, que la culpabilidad supone la constatación del carácter antijurídico de la acción y su atribución al autor.

La culpabilidad de la que tratamos es de carácter jurídico, no sólo ético. Está en relación con las normas legales, y las escalas a emplearse para los efectos de su medición son, asimismo, de naturaleza jurídica (1). De modo que el juicio de desvalor en que consiste la culpabilidad, y que se formula en relación al acto antijurídico cometido, es autónomo en relación a otros juicios de desvalor que pueden pronunciarse; por ejemplo, desde una perspectiva moral. De ahí que la afirmación de la preponderancia del principio "no hay pena sin culpabilidad", en nuestro derecho penal, implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una sobreestimación de la culpabilidad en detrimento de la lesión del bien jurídico (2).

El juicio de reproche que se formula contra el agente, es en razón del acto cometido, y respecto al cual ya se ha afirmado su naturaleza antijurídica. Los juristas han sostenido, teniendo en cuenta esta peculiaridad, que nuestro derecho penal es un derecho de acciones y que, por lo tanto, también la culpabilidad es una culpabilidad referida a comportamientos, mas no a la manera de ser del agente. De otro lado, no es de admitir la denominada "culpabilidad del carácter" o "culpabilidad por conducta de la vida" (3), en la que el juicio de reproche se formularía con ocasión de la realización de una acción; pero, en base a la total personalidad del agente. Sin embargo, hay que recordar que la determinación del grado de culpabilidad no sólo se hará teniendo en cuenta el acto antijurídico aislado, sino también considerando las circunstancias de hecho y personales en que actuó. Pero, ya éste es un problema de graduación de la pena, como muy bien lo estatuye (art. 51 C.P.) y lo considera la doctrina (4).

A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin culpabilidad" algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. en el Código Penal peruano encontramos varios ejemplos, así los arts. 87 (error de hecho y de derecho), 169 y 170 (delito de riña), 229, inc. 4 (secuestro calificado) y D.Leg.No. 46, art. 2, inc. b (terrorismo). Merece, según nosotros, una observación especial el art. 167, que estatuye: "cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". El legislador se ha inspirado en el art. 115 del Anteproyecto suizo de 1916, y que figura actualmente, en el Código Penal (art. 124). En derecho suizo, las consecuencias fortuitas de la lesión corporal no serán tomadas en cuenta para fijar la pena, puesto que ellas no han sido queridas ni previstas por el agente. Este deber del juez no se infiere claramente de la lectura de la disposición peruana; ya que, de una parte, nuestro legislador no ha concedido al juez sino la facultad de disminuir la pena y, de otra parte, la redacción ambigua hace pensar en una simple circunstancia atenuante a la pena. Si el legislador hubiese, con fidelidad, seguido el modelo suizo, nosotros estaríamos obligados a afirmar que el art. 167 no es sino la confirmación expresa del principio "no hay pena sin culpabilidad", y que esta afirmación ha parecido útil a causa de la costumbre de los tribunales que aplicaban el Código derogado (5). Sin embargo, esta disposición, en concordancia con el art. 84 (cuyo texto se orienta hacia la admisión de la responsabilidad objetiva), permitiría al juez aumentar la pena en razón del daño más grave no querido ni previsible.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es contradictoria, ya que no aplica en todos los casos el principio de la culpabilidad. Considera, equivocadamente, que se trata de imponer una pena "prudencial" o de "disminuir prudencialmente la pena" (6). Pero, en realidad, no se trata de esto, por cuanto el autor -por no actuar culpablemente- no merece ser castigado sólo por el daño que quiso causar (leve o grave) y, en caso de que se dé un resultado más grave, sí se le puede imputar a título de culpa (formas preterinternacionales). Se equivoca, igualmente, la Corte Suprema cuando estima que el art. 167 regula el "delito preterintencional" (7). como hemos dicho anteriormente, este artículo



no es sino una ratificación del principio de culpabilidad. Su presencia limita la declaración general contenida en el art. 84, ab initio.

La aplicación del principio de la culpabilidad ha sido ampliada, últimamente al dominio de las faltas, mediante el D. Leg. No. 121; respecto a las cuales, el texto original del art. 383 del Código Penal estatuyó la mera responsabilidad objetiva.

### 116. Caso fortuito

El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que "es el confín donde comienza lo imprevisible" (8). Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza al caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión" (9). Sólo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. Esta previsibilidad está en relación con las condiciones del sujeto que actúa. Es posible imaginar, entonces, que un hecho puede "ser fortuito respecto a un individuo, pero culposo -luego culpable- respecto a otro; depende de la posibilidad concreta de la representación" (10). en este sentido se pronuncia la Corte Suprema. en su Ejecutoria del 17 de noviembre de 1972, dice textualmente: "que como aparece de autos, el hecho materia de juzgamiento fue enteramente causal y no atribuible a imprevisión culpable del acusado; que, en efecto, la víctima, luego de satisfacer una necesidad en el corral de su casa ... sin hacer indicación o advertencia alguna al acusado, a quien había visto que estaba preparado con un arma de fuego para disparar sobre un gato negro ... tomó una ruta distinta a aquella por la que debía salir, la que no era visible por el acusado, por encontrarse detrás de un cerco de madera ... no era previsible por el acusado" (11). Sin embargo, se equivoca cuando para terminar afirma que "el hecho resulta fortuito, ya que tampoco se advierte ... vinculación de causa a efecto entre el comportamiento del agente y el resultado producido" (12). No es de que falte la relación de causalidad, sino que es imposible -debido a las circunstancias- que el agente haya tenido un correcto conocimiento del curso de los hechos y, por lo tanto, de que haya previsto el resultado producido. el caso fortuito está fuera del derecho penal. Contra el agente que haya, mediante su accionar producido un resultado fortuito, no puede ser formulado el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad (13).

### 117. Teorías sobre la culpabilidad.

Si unanimidad existe en torno a la prioridad del principio "no hay pena sin culpabilidad", divergencias subsisten en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad. Bajo la influencia del pensamiento positivista y por oposición a la tesis del derecho natural, los juristas describieron -a la mitad del siglo pasado- la culpabilidad como la relación psicológica que vincula al autor del comportamiento como el resultado lesivo ocasionado. Según **Franz von Liszt** (14), el delincuente es culpable porque causa un resultado ilícito mediante un acto voluntario. La culpabilidad adopta -conforme esta tesis- dos formas: el dolo y la culpa.

Esta explicación fue, con prontitud, juzgada insuficiente. Así, se estimó que no podía explicar por qué la culpabilidad no debía ser admitida en relación con quien daña, de modo ilícito e intencional, un bien encontrándose en estado de necesidad. Pues, en ese caso existe una relación psicológica clara entre el autor y el resultado. Así mismo, se objetó que la culpa inconsciente no podría ser considerada como un caso de culpabilidad, ya que dicha culpa se caracteriza, justamente, por una ausencia de relación psicológica. Se critica, así, a la tesis psicológica su incapacidad para comprender el caso en que el autor obra sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su comportamiento; por ejemplo, el guarda vías que se duerme y causa un grave accidente ferroviario en el que perecen varias personas.

Para superar las insuficiencias de la concepción psicológica, los penalistas acudieron a la tesis neokantianas, como ya lo vimos anteriormente (15). El primer paso dado fue el de reconocer que entre el autor y el resultado de su comportamiento no existía un vínculo psicológico; sino que se trataba de una especial actitud síquica del agente. En seguida, se niega que la culpabilidad pueda ser, únicamente, reducida a este aspecto psicológico. Es entonces que se introduce una nueva noción de naturaleza normativa; el juicio de reproche. La culpabilidad es definida como un juicio de valor negativo (reproche) formulado contra quien -a pesar de poder actuar conforme al derecho- realiza un

acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión "teoría normativa de la culpabilidad" (16).

Mediante este esclarecimiento, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad: la capacidad penal es considerada condición previa a la culpabilidad, porque es indispensable a la formación de la voluntad contraria al derecho. voluntad que se manifiesta de dos maneras: el dolo o intención y la negligencia. Y las circunstancias que excluyen la culpabilidad son explicadas con auxilio del criterio normativo de la no-exigibilidad de otra conducta.

La concepción normativa fue criticada por los sostenedores de la teoría finalista (17). Esta desplaza -según su idea sobre la acción final- la intención de la culpabilidad a la tipicidad. La intención o dolo no es más que el fin que persigue el autor del acto. El tipo legal debe, en consecuencia, comprenderlo. La culpabilidad deviene un puro juicio de reproche dirigido al responsable. Este reproche supone que el autor hubiese podido -al momento de obrar- someter su voluntad al mandato expresado en la norma legal.

Mientras los penalistas permanecieron dentro de los límites de los esquemas dogmáticos, su seguridad frente al principio de la culpabilidad se ha reafirmado. Lo contrario ha sucedido, cuando se han discutido las bases mismas de la culpabilidad.

La elaboración dogmática de la culpabilidad se funda en la aceptación de que el autor de la infracción -en el instante de actuar- tiene la real libertad de obrar diferentemente (18). Resulta pues incompatible con la concepción determinista del hombre y del mundo. Pues, si el delincuente fuera, fatalmente, determinado a cometer un crimen, sería absurdo de reprocharle su manera de comportarse. Esta era la idea defendida por los defensores del positivismo criminológico italiano (19). Según ellos, el delincuente no era culpable y, por tanto, no podía ser castigado. en consecuencia, el derecho penal debía ser substituido por un derecho de defensa social y la pena por medidas de seguridad.

Ante los ataques de los positivistas, los penalistas han creído, primero, evitar el problema sea aceptando a priori el libre arbitrio, sea afirmando que el derecho penal no tenía que tomar partido en el debate entre partidarios del libre arbitrio y defensores del determinismo.

Dentro del ámbito de la dogmática, se pueden distinguir cuatro opiniones diferentes e importantes. en primer lugar, aquella que sin cuestionar la noción de culpabilidad, admite la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre en tanto que persona individual. Para descartar esta dificultad, aprecian la culpabilidad desde una perspectiva socio-comparativa (sozial-vergleichendes Schuldurteil). Esta apreciación comporta plantearse la cuestión de saber (20) "si un individuo medio hubiera podido -encontrándose en la misma situación que el autor- actuar de manera diferente". Así, ante la incapacidad de constatar "la posibilidad concreta e individual de obrar diferentemente", se propone remplazar este criterio por un modelo normativo general. Este último, se fundaría en "la posibilidad de actuar que tiene un prototipo de persona media". Dicho de otra manera, para saber si alguien es culpable, sería suficiente de ponderar sus actos en comparación al modelo de comportamiento que se puede atribuir -en circunstancias semejantes- a una persona media (modelo abstracto).

En segundo lugar, señalemos la opinión de los penalistas que rechazan el libre arbitrio o consideran que es imposible de aportar la prueba -en el caso concreto- de la libertad del delincuente. en consecuencia, estimar, de un lado, que la culpabilidad es una noción superflua y, de otro lado, que el derecho penal puede -conservando el recurso a la pena- ser elaborado sin dicho elemento. Según ellos, bastaría recurrir a los medios que procuran las ciencias humanas, en especial la psicología y la psiquiatría, para explicar porqué el derecho penal es útil y necesario (21).

En tercer lugar, se encuentran los penalistas que consideran -después de haber constatado la fragilidad de la base sobre la que reposa la culpabilidad- que es indispensable darle un contenido distinto al que se le atribuye tradicionalmente. Esta reformulación de la noción de culpabilidad debería inspirarse en los fines fundamentales del derecho penal. Su función esencial, sería la de su límite máximo de la pena. en realidad, los defensores de este criterio proponen substituir la noción de culpabilidad por la de responsabilidad. Esta nueva noción debería estar adoptada a "la necesidad social de sancionar penalmente". Mediante dicho elemento, se trataría de establecer "si el legislador

busca -desde un punto de vista jurídico penal- hacer a alguien responsable de la realización de tal o tal acción. El hecho de determinar si es necesario castigar sería un problema a resolver de acuerdo a los fines del derecho penal (22).

En último término, resulta interesante recordar la opinión de **Stratenwerth**. Este autor parte de la idea que es indispensable de continuar tomando en cuenta la noción de culpabilidad. Este resulta -según **Stratenwerth**- necesaria mientras que la pena subsista. La alternativa no se reduce a los extremos: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trataría más bien de remozar la noción de culpabilidad considerando los objetivos de prevención del derecho penal. Este no puede ser considerado sólo en razón de su función represiva. Conforme a **Stratenwerth** (23), sería conveniente de remplazar al derecho penal retributivo -basado en el reproche de la culpabilidad y en la despreocupación de la suerte del condenado una vez satisfecho el afán punitivo- por una manera de reaccionar jurídico-penal que tome tanto en cuenta la responsabilidad de la sociedad como que sea humanamente solidaria con el delincuente. No resulta más posible de contentarse con la aplicación pura y simple del principio de culpabilidad.

Este debate entorno a los fundamentos de la culpabilidad refleja un cambio sustancial en la manera de concebir el derecho penal. Es decir que la discusión implica, en realidad, replantear el análisis de las circunstancias que justifican considerar a una persona responsable de un acto dañino. De esta manera, se ve confirmada la tesis que la dogmática no debe más ocultar la tarea de posiciones axiológica que subyace en la discusión y aceptación de las soluciones referentes a los diversos problemas jurídico-penales (24).

#### **118.- Formas de culpabilidad: el dolo.-**

El Código Penal admite la existencia de dos formas autónomas de culpabilidad: el dolo y la culpa.

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

Se ha tratado de determinar la naturaleza del dolo de dos maneras diferentes: la teoría de la voluntad afirma que el dolo consiste en querer el resultado delictuoso; la teoría de la representación, por el contrario, se aleja de esta concepción demasiado estrecha, y admite que el delincuente obra con dolo, cuando él se representa el resultado delictuoso.

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

#### **119. El art. 81 C.P.**

El legislador peruano ha definido, expresamente, el dolo. el art. 81, párrafo segundo, estatuye que la infracción es intencional, cuando ella ha sido cometida por acción u omisión consciente y voluntaria. El origen suizo de esta disposición es admitido por el legislador mismo en la exposición de motivos (25) sin precisar, sin embargo, expresamente la fuente.

Es necesario recordar que el art. 18 del Proyecto de 1918 del Código Penal suizo estatuyó: "Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté". Esta definición figuraba, igualmente, en los Anteproyectos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El art. 19, inc. 2, del Anteproyecto de 1908 disponía: "Celui-la commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant". Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente el texto alemán: "Vorsatzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt". Al respecto, **Gautier** afirmó: "es de observar que el segundo párrafo del art. 19 está mal traducido. El texto francés no es fiel al texto alemán. Podría traducirse esta regla de la siguiente manera: "Celui-la commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le

voulant" (26). En efecto, el autor obra dolosamente cuando es consciente y quiere el acto y el resultado (*lato sensu*).

El Proyecto peruano de 1916 no contenía disposición alguna en la que se establecía lo que es el dolo. La definición dada en el art. 81, párrafo 2o. de nuestro Código no concuerda, plenamente, con el numeral del Proyecto suizo de 1918, parece más inspirarse en el texto del Anteproyecto de 1908 (ver párrafo anterior). También es posible que el legislador haya comprendido mal el texto de los proyectos posteriores, equivocándose en la traducción.

## 120. Elementos del dolo.

Según nuestro Código Penal, los elementos del dolo son la conciencia y la voluntad. La doctrina los califica de elementos intelectual y volitivo.

La conciencia significa el conocimiento, por parte del agente, de todas las circunstancias objetivas contenidas en el tipo legal (27). El autor debe ser consciente de realizar el acto delictuoso, de producir el resultado, de crear una relación de causalidad entre ambos de conocer todos los otros elementos esenciales al tipo (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o los medios a emplear, las circunstancias del acto típico). Vale decir, que el agente debe conocer, en el momento de actuar, los elementos descriptivos del tipo legal, que por estar referidos al mundo externo son fácilmente aprehensibles, y los elementos normativos, respecto a los cuales el autor debe comprender cabalmente la valoración o calidad a la cual hacen referencia (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público). No es necesario, por el contrario, que el agente conozca su propia responsabilidad, el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de punibilidad y el carácter punible de su acto.

En nuestra opinión, la conciencia del carácter ilícito del acto se impone igualmente (28). Esto no implica el conocimiento de la disposición penal o del carácter punible del acto, pero el actor debe saber que su acto infringe la norma que sirve de base a la disposición penal; en otros términos, que su acto contradice las exigencias sociales y que por esto es jurídicamente prohibido (29). Que el autor estima su acto contrario a la moral, tampoco es necesario.

La doctrina penal moderna rechaza, pues, de una manera absoluta la aplicación del principio "*error juris nocet*". Las divergencias subsisten en relación con el lugar que debe ser atribuido a la "conciencia de la antijuricidad" dentro de la estructura del delito. Algunos juristas afirman que uno de los elementos de la culpabilidad es la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del acto (teoría de la culpabilidad). Sus defensores, los más decididos, son los partidarios de la teoría finalista (**Welzel, Maurach, Niese**) y algunos defensores de la teoría normativa (**Bockelmann, Graf zu Dohna, Kohlarusch, Lange**). Otros, los defensores de las teorías normativa y psicológica, estiman que este elemento es parte del dolo (teoría del dolo). Esta concepción es admitida por los autores peruanos. La Corte Suprema, en su jurisprudencia, tiende a no considerar la conciencia de la antijuricidad como un elemento del dolo, en razón a que el Código penal sirvieron de modelos a nuestro legislador para regular el error de derecho, la jurisprudencia ha admitido, en contra de la mayoría de autores e invocando el texto estricto de la ley, que la conciencia de la antijuricidad no forma parte del dolo.

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

La doctrina distingue dos clases de dolo: el dolo directo y el dolo eventual. Hay dolo directo, cuando el autor dirige inmediatamente su voluntad sobre el resultado que él se resultado; por ejemplo: Juan quiere matar a Andrés y dispara contra él. La voluntad homicida de Juan es evidente, a pesar de la posible inhabilidad del agente que impediría la producción del resultado. Tampoco es necesario que el resultado ilícito sea el objetivo final del comportamiento del autor (30).

El agente quiere también el resultado ilícito, cuando él lo considera seguro y lo ha aceptado conscientemente como consecuencia necesaria de su acto. Sobre la base de estas consideraciones, algunos juristas han distinguido el dolo directo de primer grado del dolo directo de segundo grado (31). La mayor parte de juristas se rebelan contra esta distinción y estiman que se trata de una sola clase de dolo (32).

En el caso del dolo eventual, la voluntad no está claramente expresada; pero no en relación al accionar, sino en cuanto al resultado (lato sensu). Sin decidida voluntad de actuar no puede hablarse de dolo eventual. Lo característico de esta clase de dolo se encuentra en que el agente se representa como posible el resultado. Es decir, que conoce el peligro concreto que entraña la realización del hecho prohibido. La discusión doctrinaria se desarrolla en torno al problema, de que si para la admisión del dolo eventual basta la circunstancia antes descrita o si todavía es necesaria la presencia de otros elementos. Algunos autores, como **Engisch** (33), afirmaron que era suficiente que para el agente fuera indiferente la producción del probable resultado. Otros consideraron que era indispensable que el agente se conforme se acomode al resultado; actitud que se evidencia en que el agente decide, a pesar de todo, a continuar con la realización de su acción (teoría del consentimiento). Este último criterio es el aceptado actualmente, con la salvedad que no debe entenderse por la conformidad o el consentimiento exigido, que el autor apruebe el resultado. Se dará entonces el dolo eventual, cuando el agente se represente, seriamente, el resultado y se conforme con su realización (34).

### **121. El error.-**

Se trata de una falsa representación de la realidad o de su ignorancia (35). Tradicionalmente, en la doctrina y en la legislación se consideran dos clases de error: error de hecho y error de derecho. Modernamente, se prefiere hablar de error de tipo y de error de prohibición. Nosotros consideramos correcto este último criterio, sin embargo, utilizamos la anterior terminología debido a que la emplea nuestro Código Penal.

#### **a) Error de hecho.-**

El error de hecho se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia a que se haga referencia en el tipo legal, a través de los denominados "elementos descriptivos y normativos" (36). El error puede ser cometido en relación con la calidad de la víctima (por ejemplo, edad de un menor que sufre un atentado contra el honor sexual), con la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (el carácter ajeno de la cosa mueble en el delito de hurto), con las circunstancias agravantes o atenuantes específicas.

En relación con los tipos agravados, el error sobre la circunstancia agravante hace desaparecer la agravación, pero deja subsistente el dolo en relación al tipo básico. En caso de que el error sea debido a la culpa del agente -siempre doctrinalmente-, éste podrá ser reprimido si es que la ley sanciona la forma culposa de su comportamiento delictuoso. Al respecto, es interesante recordar que éste no es el caso del delito de violación de menores de nuestro Código (art. 199), razón por la que no debería ser sancionado quien por error (debido a culpa) tiene acceso carnal con un menor creyéndolo mayor (37). En las legislaciones en que predomina plenamente el principio "no hay pena sin culpabilidad", se ha establecido una disposición particular. Así, el párrafo tercero del art. 191 del Código Penal suizo estatuye: "la pena será prisión si el delincuente ha obrado admitiendo por error que su víctima tenía 16 años por lo menos, a pesar de que hubiera podido evitarlo usando de la atención debida" (38).

El error sobre las condiciones de inimputabilidad o sobre las condiciones objetivas de punibilidad no será tomado en consideración (39).

#### **b) Error de derecho.-**

El autor que desconoce el carácter ilícito de su acto, obra bajo la influencia de un error de derecho. El es consciente de todos los elementos típicos del acto ilícito, pero lo considera permitido. El error de derecho es, pues, una falsa apreciación jurídica de la realidad conocida. El error de derecho reposa

en la ignorancia, en el conocimiento deficiente de la norma o sobre el hecho de que el autor crea en la existencia de una causa justificante. En cuanto a esto último, se distinguen tres casos: el autor cree, por error, en la existencia de una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera; él desconoce los límites de una justificante reconocida por el ordenamiento jurídico y, por último, considera por error que se presentan las circunstancias materiales de una causa de justificación. Para algunos autores, este último caso es, en realidad, un error de hecho. Para otros, debe ser considerado como un error de derecho. En nuestra opinión, ésta es la posición correcta (40).

Se discute, por el contrario, sobre si el dolo requiere que el autor haya conocido el carácter ilícito de su acción. desde una perspectiva puramente doctrinaria, se acepta que el comportamiento doloso implica el conocimiento de su naturaleza ilícita por parte del autor. Esta afirmación constituye una conclusión aparentemente natural cuando se parte de una idea dogmática del principio de la culpabilidad. Una vez aceptado que la subjetivación del derecho penal se concretiza cada vez más en la medida en que se logra aprehender mejor el "estado del espíritu" en que actúa el delincuente, se admite, de un lado, que la conciencia de lo ilícito es un "elemento" del dolo, y, de otro lado, se califica la violación grave de dicho principio cuando no se establece esta condición en la ley. Es lo que sucedería con el art. 87 C.P. En esta norma, se estatuye la punición atenuada de quien, incurriendo en un error de prohibición, comete una infracción creyendo que no es un acto ilícito.

Este proceder "axiomático-deductivo" oculta una toma de posiciones que está condicionada por los criterios axiológicos aceptados sin previa discusión. Así en el debate sobre el lugar que debe ocupar el dolo (en el tipo legal o en la culpabilidad), los criterios predominantes son los referentes a la extensión y oportunidad de la represión penal. en este nivel, la respuesta debe ser buscada a partir de la determinación de los resultados prácticos que se extraigan de la manera como se regula el error de prohibición.

Cuando en la ley, se establece que "el error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable, exime de pena; si es evitable, permite la represión por delito culposo..." (art. 29 del Proyecto de 1985-agosto), es de admitir que se considera incluía en el dolo la conciencia de la antijuricidad. En caso contrario, si se estipula, respecto a la segunda hipótesis, una simple atenuación de la pena prevista para la forma dolosa, debe extraerse la conclusión opuesta. Es el caso, por ejemplo, de la legislación española.

El art. 87 no es lo suficientemente claro. Estatuye que quien obra bajo la influencia de un error de derecho no culpable, debe ser reprimido con una pena atenuada hasta límites inferiores del minimum legal. No culpable significa que no debe ser debido a culpa. Dicho de otra manera, que no debería ser evitable. De modo que cabría preguntarse cómo sería de sancionar, entre nosotros, a quien comete delito incurriendo por culpa en un error de derecho evitable. Una respuesta certera no es posible de obtener, en razón a las deficiencias del texto legal. No sería abusivo deducir que se ha regulado las dos formas de error de la misma manera; pero aceptando que sólo se puede atenuar la pena cuando no existe culpa; en caso contrario se debería imponer la pena correspondiente a la forma intencional. De manera que no sería necesariamente un elemento del dolo ni la consciencia de los hechos típico ni la del carácter ilícito del acto. Una segunda posibilidad sería de proponer que cuando el agente se equivocó por negligente, sólo podría ser sancionado a título de culpa cuando la ley lo prevea. De aquí se desprendería que la consciencia con que actúa el autor de un delito doloso excluye el conocimiento de la antijuricidad. Con mayor dificultad, se podría argumentar en favor de una tratamiento diferenciado del error de hecho y del de derecho. Para así sostener que la conciencia de la antijuricidad no es comprendida en el dolo.

De acuerdo a la idea que tenemos del carácter y de los fines de nuestro derecho penal, nos inclinamos en favor de la tesis que considera como requisito para penar a alguien como autor de un delito doloso, el conocimiento de la antijuricidad.

Todo esto hace necesaria la reforma del art. 87 C.P. para lo cual no deberá dejarse de plantear si la nueva regla es la conveniente para un país como el nuestro, donde una buena parte de la población (indígenas y selvícolas) no se encuentra integrada culturalmente al sistema imperante en los centros urbanos.

Dos propuestas de reforma se han planteado en sendos proyectos de código. en el Proyecto de 1972, la fórmula propuesta es defectuosa. Sus autores se refieren, equivocadamente, a la "error" y, por último, se sigue teniendo en cuenta que "la errónea apreciación de los hechos" no provenga de culpa. Por otro lado, eliminan -correctamente- el segundo párrafo del texto original e incorporan un nuevo artículo, en el que se regula el caso de que el error de hecho haya sido provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproduce casi textualmente el art. 48 del Código italiano vigente, es incompleta. Esto es debido a que no se ha considerado que el art. 47 del mencionado Código no es igual al art. 87 del texto revisado de nuestro Código. El último párrafo del art. 47 del Código italiano trata del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Tampoco se ha tenido en cuenta, al momento de hacer la transcripción de la disposición italiana, que el art. 5 del mismo Código prohíbe invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho) (41). Una correcta regulación de este problema ha sido realizada, por ejemplo, por el legislador alemán al reformar su Código Penal (42).

La propuesta de los autores del Proyecto de 1985 (agosto) está mejor inspirada, pero no han logrado elaborar una solución plenamente satisfactoria. De acuerdo a una opinión muy difundida, han regulado separadamente el error de tipo y el error de prohibición. En el art. 28, se dice "el error sobre un elemento constitutivo del tipo legal del hecho punible o sobre un elemento que agrava la pena excluye el dolo, pero permite la represión por delito culposo, si se halla previsto en la ley". Luego de definir así el error de tipo, se da la noción del error de prohibición en los siguientes términos: "el desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable exime de pena; si es evitable permite la represión del delito culposo, si se halla previsto en la ley".

Lo primero que destaca es el hecho que se persiste en la manera arcaica de regular el desconocimiento de la ley. Se agrava la situación pues ni siquiera se ha limitado, como se hace en el Código vigente, a las infracciones más graves. Colocándonos dentro del sistema propuesto, se puede objetar que no resulta del todo coherente considerar como "eximente" de la pena al error de prohibición inevitable y, al mismo tiempo, reprimir -según los casos- por culpa a quien delinque pese a haber podido evitar el error de prohibición. Generalmente, se acepta que admitida la primera regla, sería de considerar el error evitable como una circunstancia atenuante de la pena.

Además, al haber optado por la igualdad en el tratamiento de las dos formas de error, no es claro por qué en relación al error de tipo inevitable se dice que excluye el dolo y, en relación con el error de prohibición de la misma naturaleza, sólo se dice que "exime de pena". ¿Exime, porque no existe culpabilidad o porque es una especial circunstancia absolutoria?

Estas imprecisiones son debido a que los autores del proyecto no se han preocupado sino de buscar el modelo en la legislación extranjera o de consagrar en la norma redactada sus criterios dogmáticos, descuidando así los objetivos esenciales de política criminal que deben regir la elaboración de la ley.

### **c) Desconocimiento de la ley.**

En su segundo párrafo, el art. 87 estatuye que "La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión". El legislador peruano consagra de esta manera, aunque parcialmente, el adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley" Al mismo tiempo adopta otra ficción consistente en suponer que los autores de delitos reprimidos con pena de penitenciaria conocen siempre el carácter ilícito de su acto. el origen de esta disposición es el art. 6 del viejo Código Penal de 1863, en el que se establecía que la ignorancia de la ley no eximía de responsabilidad. En el Proyecto de 1985, se generaliza esta regla para todas las infracciones (art. 30 ab initio).

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

"creación de la ley" (43). De otro lado, esta distinción de abolengo positivista (recuerda a la definición del delito natural de Garfalo) no es exacta.

## 122. Jurisprudencia.

La Corte Suprema no ha tenido en cuenta, siempre, la clara distinción que señala el art. 87 entre la "errónea apreciación de los hechos" (error facti) y el "error o ignorancia" no culpable sobre el carácter delictuoso del acto" (error juris). En su Ejecutoria del 24 de mayo de 1948, se pronuncia de conformidad con la opinión del fiscal, quien sostenía que "el error de apreciación a que se refiere el código es sobre el carácter delictuoso de un acto. Si el violador repara en la edad de su víctima, para graduar su responsabilidad, ésta sería mayor porque a sabiendas y bajo cálculos fríos realiza el hecho punible" (44). El tribunal correccional había estimado que la menor agraviada (14 años y seis meses de edad) tenía un desarrollo físico que no corresponde a su edad y que el acusado sufrió una errónea apreciación de los hechos, por lo que le impuso - aplicado el art. 87 - una pena por debajo del *mínimum legal*.

En su Ejecutoria del 16 de agosto de 1972, la Corte Suprema, afirma, igualmente, que "el error en la apreciación de los hechos, a que alude el art. 87 del Código penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como ilícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido ha meritudo" (45).

La Corte Suprema ha tenido ocasión de opinar sobre el error de derecho al pronunciarse sobre delitos cometidos por salvajes (art. 44) y en caso de delitos de violación cometidos por indíanas al seguir la costumbre del "servinacuy". Respecto a los primeros, afirmó en su ejecutoria del 26 de abril de 1939 que "debe tenerse en cuenta las normas de los arts. 44 y 87 del Código Penal, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización" (46). Aquí es patente lo injusto de la disposición que obliga castigar a personas que, con certeza desconocen completamente el carácter ilícito de su acto. En relación con los segundos, ha sostenido criterios opuestos. En algunas ejecutorias, sostuvo que habiendo sido entregada la menor (menos de 16 años) por los padres al acusado mediante el "servinacuy" (matrimonio de prueba), "cuya ceremonia tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre le campesinado indio", y que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija cohabite con el novio, es de aplicar el art. 87, ya que se trata de una infracción cometida por "ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito" (47). En otras ejecutorias, sostiene que "si bien el servinacuy es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar considerado como tal dentro de nuestra legislación penal, el que tan sólo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el art. 51 del Código Penal" (circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad) (48). La Corte Suprema hace uso de un criterio estrictamente formalista y deja de lado el análisis de la existencia del error de derecho (art. 87). De modo que esta Ejecutoria se alinea junto a las citadas al inicio de este acápite (49).

## 123. El error sobre los hechos no esenciales: error in objeto.-

Esta clase de error no tiene ninguna influencia sobre la culpabilidad del autor. El art. 84 regula, aunque de manera deficiente, esta clase de error. En su primera frase, dice "el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender".

El autor puede confundir el objeto que quiere lesionar o poner en peligro con otro: error in objeto. Un caso particular de este error es el *error in personam*. En doctrina, se admite generalmente que esta clase de error es irrelevante cuando el bien amenazado y el bien realmente lesionado son igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico (50); por ejemplo, cuando B cree matar a A, pero en realidad causa la muerte de C. B comete un homicidio intencional.

En su segunda parte, el art. 84 estatuye que "no se tomará en cuenta las circunstancias agravante que derivan de la cualidad del ofendido y se considerarán, al contrario, para los efectos de la represión, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito y las



cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida". Esto significa que el delito es también realizado cuando el autor, precisamente, a causa de un error sobre los hechos de una modificación de la relación de causalidad, ha lesionado a una persona distinta. El juez fijará la pena sin tener en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la persona lesionada; por ejemplo, si un hijo mata a su padre creyendo que es un tercero, será castigado por homicidio (art. 150); si él mata a un tervero, por el contrario, en circunstancias que quería la muerte de su padre, el autor será condenado como parricida art. 151, pues el art. 84 dispone que el juez tomará en consideración para fijar la pena, los elementos subjetivos que ha determinado al autor para ejecutar su acto y las circunstancias personales del sujeto al que se quiso lesionar realmente. La fuente legal de esta disposición es el art. 14 del Proyecto italiano de 1921 (51). El legislador peruano ha preferido la solución positivista. La Corte Suprema, en nuestra opinión, no ha interpretado correctamente esta disposición. Así, opina que "funciona el art. 84 Código Penal, que autoriza a considerar las circunstancias atenuantes y hace desaparecer las agravantes. Como lo sostiene el Tribunal sentenciador, el delito investigado y juzgado, es el de lesiones que causaron la muerte de la ofendida (esposa del agente) y cuyo resultado, en forma relativa, pudo prever el acusado ...", quien arrojó "no una sino muchas piedras a su suegro" (52).

#### 124. *Aberratio ictus*.

De los casos de *error in objecto* es de distinguir la llamada *aberratio ictus*. Esta no constituye, en realidad, un error (53). El ejemplo clásico es el del autor que quiere matar a X, tira contra él, pero alcanza a Y, quien se encontraba a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los hechos, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Por este caso, desde que el agente tenía la voluntad de matar a una persona y la posibilidad de variación de los hechos estaba dentro del marco de causalidad (54), el delito doloso está consumado. El art. 150 C.P., no califica de homicidio el hecho de matar a un individuo determinado, sino a cualquier persona (55). Si por el contrario, el resultado buscado y el producido realmente no son equivalentes, se dará un concurso ideal entre tentativa de un delito doloso y un delito culposo (56).

Los criterios expuestos por la Corte Suprema, en su Ejecutoria del 7 de mayo de 1970 (57), son -por el contrario- equivocados, en la medida en que confunde el *error in personam* y la *aberratio ictus*; al mismo tiempo que interpreta mal el art. 84. "La tentativa en agravio de uno y consumado en agravio de otro", no es un caso de *aberratio ictus* o de, en el lenguaje de la Corte Suprema de un "delito aberrante", sino un error sobre la persona. Sin embargo y a pesar de esta confusión doctrinal, la conclusión adoptada afirma, que en caso juzgado (*error in personam* y no *aberratio ictus*), el responsable debe ser juzgado por un solo delito, materializado en el solo resultado producido.

La Corte Suprema ha invocado (aunque sin la debida corrección) el art. 84 al juzgar los casos en que el resultado producido es de una especie diferente al querido. Así, estima que ha de aplicarse cuando se "arroja un globo lleno de agua a una persona que no jugaba carnaval y que en su propio domicilio está dedicada a su trabajo" y va "hacer blanco en el vaso de Kola que tenía en las manos una menor, el que al romperse le causó una herida en la nariz". Ya que, "es evidente que constituye una ofensa" arrojar un globo en esas condiciones y "el acto que practicó (el acusado) aunque haya dado resultado distinto del que él se propuso constituye delito". Pero, en lugar de afirmar que se trata de un acto doloso (como lo hizo en otros casos), sostiene que se trata de un delito culposo (58). De esta manera, se aproxima a la solución correcta, pues se trata de un caso de *aberratio ictus*, consistente en admitir un concurso ideal entre la tentativa de la infracción querida y la comisión culposa del resultado producido (59).

#### 125. Preterintención.-

La primera parte del art. 84, citado anteriormente, tiene como fuente legal el art. 7 de nuestro Código derogado, de origen español.

José **Viterbo Arias** sostiene, al comentar el art. 7 de nuestro anterior Código, que radicando la legitimidad de la pena en el mero hecho de una alteración en el orden de derecho, "causada con intención reprochable en sí misma y no sólo por el fin a que iba encaminada; es forzoso convenir en que se debe imponer castigo aun cuando varíe el mal que el delincuente se propuso causar" (60). Esta opinión se refiere como se desprende de los ejemplos dados por el autor, al *error "in personam"*

(61) y, dentro de este marco, es correcto. En cuanto a los casos en que "los delitos varíen de gravedad o de naturaleza por culpa de su agente: el que mata cuando se propuso herir; el que por incendiar una casa ocasiona la muerte de los que moraban en ella", sostiene J. **Viterbo Arias** (62) que "son responsables de las vidas que quitaron". Pero, esta responsabilidad es reconocida por el simple hecho de que el agente produjo el resultado más grave al actuar ilícitamente. Estamos frente a un caso de responsabilidad por el mero resultado. El mismo autor señala con justeza que "no es, sin embargo, nuestro Código (1863) tan explícito como debiera en este punto de tanta gravedad, pues no establece un precepto general que permita graduar la responsabilidad del delincuente y precisar el daño que haya de imputarse".

Para comprender, cabalmente, los alcances del art. 84, ab initio, es necesario tener en cuenta que nuestro legislador ha admitido, ampliamente, la preterintención. Esta no constituye en sí misma una forma de culpabilidad, sino una mixtura de dolo y de culpa. El agente busca, dolosamente, lesionar a la víctima; pero produce, culposamente, un resultado más grave: muerte. La pena que se le imponga será más grave y en base a la culpabilidad con que actuó. Es decir, que no basta la simple producción de un resultado más grave, causalmente, vinculado al hecho querido por el agente; sino que es indispensable que el resultado posterior y más grave, pueda serle imputado al agente, al menos, a título de culpa. Si la producción del daño más grave era imprevisible para el agente, no puede ser considerado como fundamento de una más severa represión. Se le deberá sancionar sólo por lo que, consciente y voluntariamente, trató de causar (art. 167) (63). En la parte especial de nuestro Código, figuran diversos tipos delictivos preterintencionales; por ejemplo: los arts. 164 (aborto seguido de muerte), 165, in fine (lesiones graves), 166, pf. final (lesiones graves seguidas de muerte), 185 (maltratos de menores seguidos de lesiones graves o muerte), etc.

Dentro de este contexto, se debe afirmar que el art. 84, ab initio, que repite el texto del art. 7 del Código derogado, debe ser interpretado de manera diferente; ya que el legislador ha restringido la amplitud de la fórmula, exigiendo, justamente, que el autor sea responsabilizado por el daño más grave cuando "pudo preverlo"; es decir, cuando sea preterintencional.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema es, sobre este punto, confusa. En su Ejecutoria del 4 de enero de 1944, afirma que "se comprende que sobrevino la muerte como consecuencia de actos encaminados a la posesión sexual de la joven por el agente culpable; que al variar en sus resultados la intención criminosa no deja de ser punible el delito perpetrado conforme al principio contenido en el art. 84 C.P., por lo que la responsabilidad (del contenido) cae bajo la sanción del art. 150 ..., debiendo tener en cuenta esa especial circunstancia para la exacta adecuación de la pena" (64). Esta resolución demuestra que nuestra Corte Suprema, en este caso, Siguió el criterio imperante durante la vigencia de nuestro Código derogado. No tuvo en cuenta el nuevo contexto en que estaba incorporada esta disposición. Su raciocinio es muy semejante al de José **Viterbo Arias** (65). En esa ocasión, un Vocal emitió un voto singular, en el que sostuvo "que el móvil de los actos de violencia ejecutados por el acusado no ha podido ser el homicidio, sino que es la sensualidad agresiva la que produjo la muerte ... pero que estando al propósito del actor y al resultado de los hechos ... es indudable que ellos están sancionados por el art. 203 del Código Penal" (66). Este criterio parece ser el que, finalmente, se ha impuesto; ya que en la Ejecutoria del 11 de octubre de 1972, se dice: "la muerte de la menor agraviada, se produjo como consecuencia de la asfixia que le causó aquel al taponarle la boca y nariz para evitar que la agraviada gritara cuando era víctima del yacimiento carnal a que la sometió en forma brutal... se concluye que no se han cometido los delitos de homicidio y contra el honor sexual en forma independiente, sino que se trata del caso a que se refiere el art. 203 C.P (67).

No sería completa esta breve explicación, si no nos refirieramos a la tendencia actual dirigida a eliminar las formas preterintencionales. Esto sobre la base que constituyen, sobre todo, una "ficción" que oculta la imposición de una pena severa sin que exista un grado mayor de culpabilidad. Las dificultades teóricas para explicar la preterintención y, en particular, la imposibilidad práctica de la comprobación de la culpa, han sido factores decisivos para plantear el nuevo criterio de sanción. Según éste, el delincuente sería reprimido conforme a las reglas del concurso ideal de delitos (delito intencional el primero y culposo el segundo más grave) (68).

## 126. El art. 85, inc. 3o. C.P.

Según esta norma está exento de pena el que obra "impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave". En este caso la voluntad con la que actúa el autor se halla viciada. No hace desaparecer la voluntad, sino que limita, restringe su libertad. La fuerza física irresistible, por el contrario, la elimina totalmente; por esto, se afirma que el sometido a la "*vis absoluta*" no actúa. El es en realidad un instrumento de quien ejerce la fuerza física irresistible (69).

Tampoco, debe ser confundida la coacción con el estado de necesidad (70). La persona coaccionada obra bajo la presión anímica producida por la amenaza que se le formula. En realidad, a ella no se le puede exigir -en tales circunstancias- un comportamiento distinto. Por esto, es totalmente correcto considerar a la coacción como uno de las "causas de inculpabilidad que se originan en la no exigibilidad de otra conducta" (71). El derecho no exige comportamientos heroicos; no puede pretender que el común de las gentes se sacrifique o sacrifique a uno de los suyos para evitar la producción de un daño a un tercero.

Amenaza "es la condicional promesa de un mal pendiente de la voluntad del sujeto amenazante" (72). La condición es que el mal se ejecutará en caso de que el coaccionado no cumpla con la exigencia del agente amenazante. El mal con que se amenaza debe ser grave e inminente. La gravedad puede depender de la naturaleza del bien jurídico o de la magnitud del daño. La producción del mal no debe ser remota y no debe depender de causas extrañas a la voluntad del coaccionador. Ricardo **Núñez** dice que "el mal es inminente cuando es efectivo y de realización inmediata" (73).

La producción del mal no sólo puede ser orientada hacia la persona o bienes del amenazado; también puede consistir en un peligro para la persona o bienes de un tercero. Es de tener en cuenta que el amenazado no esté obligado a afrontar el mal (74).

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

### **127. La Culpa: generalidades.**

Tradicionalmente, la culpa ha sido considerada con el dolo como una forma o especie de culpabilidad. Según la concepción dominante, en la actualidad, se trata de un especial tipo de acción punible, y su distinción de la forma dolosa es ajena a la determinación de la culpabilidad. De modo que los elementos antijuricidad y culpabilidad, en cada una de estas formas de acción punible, poseen características especiales (75). Los defensores de esta concepción son tanto los partidarios de la "acción finalista" como los de la "acción social"; en la jurisprudencia de los tribunales alemanes gana terreno constantemente.

En nuestro país, dada la manera como ha sido regulada la culpa (negligencia) en el Código de 1924 y el desarrollo alcanzado por los estudios penales, hemos considerado inoportuno un cambio radical en la forma como ha sido, generalmente, expuesta la problemática de los delitos culposos. Sin embargo, estamos persuadidos de la necesidad de asimilar algunos criterios de la concepción dominante, a fin de facilitar el análisis y la comprensión de los elementos de la culpa.

### **128. El art. 82 C.P.**

De conformidad con el pf. 1o. del art. 82, el agente de infracción culposa es punible sólo en los "casos taxativamente establecidos por la ley". Es decir, que el legislador debe señalar, en cada caso que considere necesario, la posibilidad de reprimir la producción culposa de un resultado prohibido. Si no lo hiciese y/o no incorporase en la disposición legal una referencia a la intención o dolo del agente, no es posible sancionar a éste si actuó culposamente; ya que el art. 81 pf. 1o., dispone que "las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción intencional (dolosa), salvo disposición expresa y contraria de la misma ley" (76). Debido a esto, resulta innecesaria la referencia hecha a la intención del homicida en el art. 150 C.P.

En su pf. 2o., el art. 82 estatuye: "Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable,

cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal.

En la parte especial del Código, nuestro legislador ha recurrido, para describir los delitos culposos, al llamado "simple tipo causal". Por ejemplo, en el art. 156 al prever el homicidio por negligencia establece: "El que por negligencia causare la muerte de una persona, será reprimido ...". De esta manera, exige, primero la realización de una acción consciente y voluntaria (como en las infracciones dolosas; pero, no dirigida a lograr la producción del resultado prohibido) y, segundo, que dicha acción y su resultado puedan ser imputados objetivamente (77).

La técnica empleada para tipificar los delitos culposos, no debe llevar a la equivocación de que el legislador prohíbe sólo lo causativo de un resultado determinado. Como en toda norma jurídico penal, su objetivo es la orientación del comportamiento de las personas; por lo que en las formas culposas prohíbe, sobre todo, la realización de ciertos comportamientos que pueden producir la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

### **129. Elementos de culpa.**

Según la definición legal, la infracción culposa está constituida por tres elementos: la violación de un deber de cuidado, la previsibilidad del resultado y, por último, la producción de este resultado. A excepción del primero, los dos otros elementos se refieren, evidentemente, a las denominadas infracciones de lesión: un resultado forma parte del tipo legal.

#### ***a) Violación de un deber de prudencia:***

Aun cuando la norma legal no lo diga expresamente, este deber de prudencia forma parte implícitamente del tipo legal. De esta manera, el orden jurídico impone a los miembros de la comunidad el deber de atención necesario para evitar la creación de situaciones de peligro o la producción de ciertos resultados dañosos.

La prudencia exigida al agente del comportamiento, se basa, en primer lugar, en esta exigencia implícita en la norma penal. Es así mismo frecuente que dicho fundamento se encuentre establecido en un norma legal complementaria; por ejemplo, las reglas de tránsito vehicular, las disposiciones que regulan el transporte y la fabricación de sustancias peligrosas, etc. Por último, la prudencia puede ser impuesta por la situación de hecho: la conservación de productos tóxicos o explosivos en casa.

Este deber de prudencia esta, sin duda alguna, directamente relacionado con la importancia del bien jurídico y con la naturaleza del comportamiento que se quiere ejecutar (78). Consciente del peligro, el agente debe, en caso de no poder evitar la producción del resultado, renunciar a su comportamiento peligroso (79). Así, por ejemplo, conducir un automóvil mecánicamente defectuoso o manipular un artefacto sin poseer la capacidad y la experiencia necesarias (80). Si el comportamiento es, sin embargo, permitido en razón de su utilidad social, el agente deberá, al momento de actuar, adoptar las medidas necesarias y adecuadas a la peligrosidad de su comportamiento; por ejemplo, conducir un vehículo respetando las reglas de tránsito.

De lo expuesto, se deduce que el deber de prudencia no es absoluto. Sus límites están dados, en principios, por dos circunstancias. A una ya hemos aludido, se trata del riesgo tolerado respecto a ciertos comportamientos juzgados positivos e inevitables. La segunda es el hecho social que consiste en esperar de cada uno de los miembros de la comunidad que respete el deber de cuidado. A ningún conductor, por ejemplo, se le puede exigir que extreme su cuidado, al franquear un cruce estando el semáforo en verde, hasta tener en cuenta la posibilidad que otro conductor no respete la luz roja que le prohíbe continuar.

#### ***b) La previsibilidad del resultado.***

No es suficiente que la violación del deber de prudencia dé lugar al resultado (en caso que sea un elemento del tipo legal). Es necesario aún que este resultado sea previsible. Además, esto supone

que sea igualmente previsible el proceso material que provoca dicho resultado. Por esto, la ley se refiere a la culpa como una "imprevisión culpable".

Si unanimidad existe en cuanto a admitir la previsibilidad del resultado, discrepancias subsisten entre los penalistas respecto, de un lado, los cánones para apreciar dicha previsibilidad y, de otro lado, al lugar que este elemento ocupa en la estructura de la infracción. La tesis más aceptada sostiene que la apreciación de la previsibilidad del resultado debe efectuarse mediante una observación objetiva (ex ante) del comportamiento. Con este objeto, el baremo sería "el hombre consciente y cuidadoso del sector social a que pertenece el agente" (81). Si la respuesta es positiva, quedaría así comprobada la tipicidad del comportamiento. Muchas veces, se analiza la previsibilidad del resultado al determinarse si el acto es la causa adecuada de la producción del resultado perjudicial. Según los partidarios de esta tesis, la apreciación de la capacidad personal del agente para prever el resultado es materia de la determinación de la culpabilidad.

De acuerdo a la concepción opuesta, la previsibilidad debe ser establecida, desde un inicio, de acuerdo a las circunstancias personales del agente. Sus defensores parten de la idea que la prohibición de dañar los intereses de los demás sólo tiene sentido si el agente tiene la capacidad de respetarla. De modo que la imprevisibilidad de parte del agente impediría considerar que su acto - productor del resultado- sea conforme al tipo legal; dicho de otra manera, el comportamiento sería atípico.

Las consecuencias de esta diferencia en la apreciación de la previsibilidad son sobre todo de carácter teórico. En la práctica, las conclusiones respecto a la represión de la culpa son las mismas, a pesar de seguir vías diferentes y de emplear fundamentos distintos (82).

De conformidad con la sistemática de la teoría de la infracción que hemos aceptado, resulta más coherente seguir a los defensores de la primera tesis: en primer lugar, la violación del deber de atención, comprobada objetivamente, permite establecer la tipicidad del acto; en segundo lugar, la constatación que el autor estuvo, según su capacidad personal, en condiciones de conocer y cumplir con ese deber, funda el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.

### **130. Culpa y error.**

Si el resultado era imprevisible o inevitable no será imputado al autor, ya que aun cuando él hubiese tomado todas las precauciones, el resultado prohibido se habría producido. La inobservancia de las medidas de precaución es, generalmente, debida a un error sobre los hechos o sobre el carácter ilícito del acto. Considerar el error como la esencia misma de la culpa sería sin embargo inexacto; pues, no en todos los casos en que el autor ha actuado por error, hay culpa (83).

### **131. Casos de culpa.**

Considerando que la falta de atención del agente afecta a la previsión del resultado o a la posibilidad de evitarlo, la doctrina distingue dos clases de culpa: la culpa consciente y la culpa inconsciente. Esta terminología es discutible, pues ella sugiere como posible una "culpabilidad inconsciente". Sería más exacto hablar de "culpa con representación" y de "culpa sin representación" (84).

En la culpa con representación, el autor se representa el peligro, pero lo subestima y piensa poder evitarlo; ella comporta en realidad un vacío en la voluntad del autor, quien a sabiendas no tiene en cuenta la eventualidad del resultado. Es de distinguir entre esta clase de culpa y el dolo eventual. En ambos el autor se representa como posible el resultado dañoso; pero, mientras que en el dolo eventual el autor se conforma, se adecua al resultado; en la culpa consciente, el agente aleja de su espíritu tal representación, espera que no tendrá lugar el resultado (85).

Por el contrario, hay culpa sin representación cuando el autor ignora la eventualidad del resultado. Esta clase de culpa revela una falta de perspicacia y de voluntad de parte del autor o su mal uso. El legislador peruano ha consagrado esta distinción en el art. 82 párrafo segundo ("Comete delito por negligencia, el que ... obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto ...").

Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad. Es imposible afirmar, a priori, que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente (86).

La jurisprudencia de la Corte Suprema referente a los delitos culposos no es del todo coherente. Pero, en muchas de sus resoluciones nuestro máximo tribunal señala, correctamente, las condiciones necesarias para considerar que ha existido culpa. Estima, por ejemplo, que es indispensable que el autor haya realizado una acción directamente vinculada con el resultado y que, en las circunstancias en que actuó, haya podido preverlo. De esta manera, sostiene que el delito culposo "siempre supone la acción directa del responsable, sea por omisión, descuido o negligencia" y considera que el agente "sin cultura, no podía haber previsto la gravedad del hecho para buscar una atención médica inmediata" (87). En reiteradas ejecutorias afirma, adecuadamente, que la imprevisión causante del resultado sea "culpable". Los criterios aplicados son -con bastante frecuencia- correctos, mereciendo destacarse que no hace depender el reproche de culpabilidad de la simple violación de disposiciones reglamentarias. Por el contrario, respecto a tales disposiciones, le permite afirmar la inculpabilidad del agente. Así, por ejemplo, absuelve a un acusado, afirmando que "no incurrió en ninguna infracción del Reglamento de Tránsito y que el lamentable accidente procede de caso fortuito" (88). Existe casos, sin embargo, en que la Corte Suprema se aleja de esta opinión y tiene en cuenta, sobre todo, la relación de causalidad existente entre el acto y el resultado" (89).

### 132. Inobservancia de reglamentos y ordenanzas de policía.

Estos preceptos tienen por objetivo prevenir los comportamientos peligrosos. Su inobservancia no significa, necesariamente, un daño o una falta de atención. Sin embargo, esta violación de las medidas de cuidado constituye un indicio de la falta, de parte del autor, de atención necesaria para impedir el resultado (90). Considerar responsable a una persona de la lesión de un bien jurídico, por el solo hecho que fue causada mediante un acto contrario a una disposición reglamentaria, es consagrar el viejo principio del "*versari in re illicita*", contrario a los principios modernos de la culpabilidad y de la individualización de la pena.

1. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 216; **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 31; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 410-411.

2. Ver: supra No. 3.

3. **Rudolphi**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 149; ver: **Welzel**, Strafrecht, p. 144; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem, Art. 13, No. 106.

4. Consultar: **Baumann**, Derecho penal, p. 215 y s.; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 413; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 378; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 317; **Germann**, Verbrechen, p. 174; Jiménez de **Asúa**, Tratado, T.V, p. 232-233; Armín **Kaufmann**, Das Schuldprinzip, p. 187.

5. Ver: Logoz, Commentaire, partie générale, p. 53.

6. E.S. del 12 de mayo de 1938, in AJ 1938, p. 219; del 12 de febrero de 1942, in AJ 1942, p. 97; del 16 de febrero de 1950, in RF 1959, p. 1959, p. 371; del 18 de octubre de 1951, in RF 1952, p. 1279.

7. In AJ 1948, p. 271.

8. Jiménez de **Asúa**, Tratado. T. VI, p. 232.

9. Jiménez de **Asúa**, Tratado. T. VI, p. 218.

10. **Bettioli**, Diritto penale, p. 438.

11. In BJ 1972, No. 5-7, p. 287.

12. In BJ 1972, No. 5-7, p. 288.
13. Ver supra No. 114.
14. Strafrecht, p. 154.
15. Ver supra, No. 72.
16. **Frank**, Aufbau der Schuldbegriffs, p. 11; **Mezger**, Strafrecht, p. 267.
17. **Welzel**, Strafrecht, p. 138; **Maurach**, Schuld, 377; **Maurach-Zipf**, Strafrecht, A.T., p. 493.
18. **Jescheck**, Lehrbuch, A.T., p. 328; **Stratenwerth**, ZSTW 85 (1973)p. 490.
19. **Ferri**, Principii, p. 204, 225.
20. **Jescheck**, Lehrbuch, A.T., p. 346.
21. Gimbernat, ZSTW, 28 (1970), p. 379-410.
22. **Roxin**, Festschrift für H. Henkel, p. 181, 184.
23. El futuro del principio jurídico de culpabilidad, p. 120, 121.
24. **Nino**, Consideraciones, p. 55, 77 y s.
25. In Código Penal, edición oficial, p. 163.
26. Procès-verbaux de la deuxième Commission d'experts, p. 146.
27. Ver: supra No. 87.
28. **Lehrch**, in RPS 1951, p. 168 y s.; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 174 y s.; contra: **Stooss**, in RPS 1899, p. 168 y s.
29. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 474; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 339-340.
30. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 104: Auch war nu Durchgag zu weiteren Zielen ist, ist unmittelbar gewollt".
31. Jiménez de **Asúa**, Tratado. T.V., p. 566; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 221.
32. **Schönke-Schröder**, Kommentar, Art. 15, No. 67; cf. **Stratenwerth**, Strafrecht. A.T., 102; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 390.
33. **Engisch**, Untersuchunge, p. 186; Así mismo in NJW 1955, p. 1688.
34. Consultar: **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 416; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 105; **Germann**, in RPS 1961 (77), p. 374; **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 95.
35. Psicológica y filosóficamente, se distingue la ignorancia del error. la primera es una ausencia total de representación de la realidad; el segundo es su falso conocimiento. En derecho, se les atribuye el mismo significado. No existe ninguna razón práctica para distinguirlos.
36. Ver: supra No. 94b.

37. Ver: supra No. 121.
38. Ver: **Cooper**, in Rev. de d. y cienc. polit. 1971, p. 186.
39. **Hafter**, Lehrbuch, p. 122, nota 1.
40. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 472-473; ver; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 347-348.
41. Ver: **Bettioli**, Diritto Penale, p. 447 y s.
42. Art. 16 (Irrtum über Tatumstände) y 17 ( Verbotsirrtum), in Dreher, Strafgesetzbuch.
43. In Código Penal, edición oficial, p. 163.
44. In RJP 1948, p. 348.
45. In BJ 1972, No 3, p. 159.
46. In RF 1939, p. 587.
47. E.S. del 12 de mayo de 1943 , in AJ 1943, p. 17. Es interesante leer la E.S. del 10 de enero de 1944, en la que la Corte Suprema admite que "para salvar el inconveniente legal (los menores de 15 años no podían casarse sin permiso judicial), los padres acordaron que el acusado llevara a la menor a su casa ... en tales circunstancias la infracción cometida cae dentro de lo dispuesto en el art. 87", in AJ 1943, p. 441.
48. E.S. del 29 de setiembre de 1972, in BJ 1972, No. 4, p. 211.
49. Ver: supra No. 121.
50. **Germann**, Verbrechen, p. 46; **Hafter**, Lehrbuch, p. 185-186.
51. "Quando alcune per errore o per altre accidente commette un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contra la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico de lui le circostanze aggravanti che derivando della qualita dell'offeso o danneggiato e gli sono valutate, agli effetti della sanzione, le circostanze soggettive nelle quall ha deliberato ed eseguito il delitto e in qualita inerenti alla persona contra la quale l'azione era diretta". Ver: Ferri, Relazione, p. 33.
52. E.S. del 25 de Noviembre de 1940, in AJ 1940, p. 180.
53. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 76.
54. Ver infra No 124.
55. **Bramont**, Código penal, p. 164; **Clerc**, Introduction, p. 64.
56. **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 92.
57. In E.S. del 25 de Noviembre de 1940. AJ 1940, p. 180.
58. In E.S. del 25 de Noviembre de 1940. AJ 1940, p. 180.
59. Ver: E.S. del 31 de Julio de 1939, in RT 1939, p. 465.
60. Exposición Comentada, T.I., p. 54.



61. Ver. supra No. 122.
62. Exposición Comentada, T.I., p. 55.
63. Ver: supra No. 110. cf. **Schönke-Schröder**, Kommentar, Art. 18 No 1; Schröder, Leipziger Kommentar, Art. 56, No. 19; **Tröndle**, Systematischer Kommentar, Art. 18 No. 1-5.
64. In AJ 1943, p. 407.
65. Analizado en este mismo acápite.
66. Esta disposición señala que "En los casos de los arts. 196 a 202, la pena será penitenciaria no menor de cinco años, si los actos cometidos causaron la muerte de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado; y penitenciaria no menor de tres años, si los actos cometidos causaron un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado o se entregó a actos de crueldad".
67. In BJ 1972, No. 5-7, p. 289.
68. **Noll**, Strafrecht, B.T., p. 52.
69. Ver: supra No. 81.
70. Ver: **Bettioli**, Diritto penale, p. 311.
71. Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. VI, p. 883.
72. **Maurach**, Tratado, T. II, p. 68; ver: la cuarta edición de esta obra: **Strafrecht**, A.T., p. 399.
73. Derecho penal, T. II, p. 126.
74. Ver: Jiménez de **Asúa**, T. VI, p. 882; consultar la bibliografía citada por este autor.
75. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 149; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 426; **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 120. Según este último autor, el concepto de culpa (Fahrlässigkeit) como el de dolo (Vorsatz) deben ser comprendidos, simultáneamente, como "forma de acción" (Verhaltensform) y "forma de culpabilidad" (Schuldform).
76. La fuente legal de la disposición peruana es el art. 19, inc. 10, del Anteproyecto suizo de 1916. El Código penal alemán no contenía una disposición parecida. Los juristas alemanes admitían la represión de los delitos culposos si la interpretación de la ley lo permitía sin ninguna duda: **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 430; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 436-437. El nuevo texto del art. 15 del Código Penal alemán dice: "Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht".
77. **Dubs**, in RPS 1962, p. 35; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 69 y 94; Graven, in Rev. int. de crim. et de pol. tech. 1966, p. 183.
78. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 437.
79. Es sólo necesario, en principio, que el autor pueda reconocer el peligro.
80. W. **Mayer**, in Rev. int. de d. pén. 1961, p. 1114; **Graven**, in Rev. int. de crim. et pol. tech. 1966, p. 184.
81. **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 148; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., 798.

82. **Noll**, Strafrecht, A.T., p. 211, 217.
83. Quintano **Ripolles**, La culpa, p. 256-257.
84. Jiménez de **Asúa**, La ley y el delito, p. 378.
85. Ver: supra No. 119.
86. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 71; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 96; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 445.
87. E.S. del 28 de setiembre de 1950, in RJP 1950, p. 1407.
88. E.S. del 27 de abril de 1950, in RJP, p. 624.
89. E.S. del 22 de agosto de 1958, in RF 1958, p. 669.
90. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 69; **Thormann-von Overbeck**, Kommentar, A.T., p. 100.

## **CUARTA PARTE**

# **ITER CRIMINIS, PARTICIPACION Y CONCURSO**

## 1. El proceso ejecutivo del delito (*iter criminis*)

### 133. Nociones generales.-

Al elaborar los tipos legales, el legislador describe una parte de una actividad humana determinada, señalando así, las características que debe reunir tal acción para ser considerada delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el art. 150, prevé que "el que intencionalmente mata a otro será reprimido con penitenciaría no menor de seis años". Pero si bien la realización de esta infracción es instantánea, su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima. A este proceso ejecutivo se le conoce con el nombre de *iter criminis*. A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas deliberativa y consumativa, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los actos preparatorios y la de la tentativa.

La primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno, subjetivo del agente. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción.

Está fuera de toda discusión la imposición de una pena al agente responsable de todo este proceso. Lo está, igualmente, la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando haya tomado la decisión de ejecutarla y la haya comunicado a terceros; pero, que no llegó a materializarla mediante actos concretos (1). No está demás recordar la frecuentemente citada frase de **Ulpiano**: "*Nemo cogitationis poenam patitur*". La pura idea o voluntad criminal no es posible de ser reprimida, sin recurrir a una nueva Inquisición. El debate se ha intensificado, por el contrario, respecto a la conveniencia de reprimir a los actos preparatorios. Esta situación ha sido provocada por el desarrollo alcanzado, en los últimos años, por una forma especialmente peligrosa de criminalidad, conocida comúnmente bajo la designación de terrorismo. En algunos países se ha establecido la represión de los actos preparatorios en relación a ciertos crímenes; por ejemplo, en Suiza.

En la actualidad, existe unanimidad en torno a la necesidad de extender la represión penal a actos que no culminan en la consumación de la infracción planeada y, asimismo, que para reprimir penalmente al agente es indispensable que su resolución criminal se exteriorice a través de actos que permitan su constatación. La discusión surge cuando se trata de señalar desde qué momento procede la intervención penal. En dos aspectos esenciales se centra el debate. El primero, es el fundamento de la punibilidad de los actos anteriores a la fase consumativa. Y, el segundo, el criterio para distinguir entre tentativa y actos preparatorios.

### 134. Fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos: teorías objetiva, subjetiva y mixta.-

En la doctrina se dan dos criterios opuestos sobre el fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos. Se trata de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva. Frecuentemente, se exponen estas concepciones como fundamentos de punibilidad de la tentativa; pero, es de tener en cuenta que su consecuencia inmediata es, justamente, extender o restringir el número de casos que deben ser considerados como tentativa. Por lo que, tal vez, sería preferible exponerlas, en primer lugar y de manera general, como concepciones referentes a la fundamentación de la punibilidad de los actos externos que materializan una voluntad criminal.

De acuerdo a la teoría objetiva, defendida por los partidarios de la escuela clásica, sólo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento que constituyen un peligro para el bien jurídico (2).

Los defensores de la teoría subjetiva, generalmente seguidores de la escuela alemana moderna y de la positivista italiana, sostienen que la voluntad criminal es la base de la represión penal, y que los actos exteriores no son sino una manifestación de tal resolución, y, por tanto, de la peligrosidad

personal del agente o de su voluntad. Que los actos exteriores sean o no peligrosos en relación al bien jurídico protegido, no es relevante para fundamentar la represión penal.

Demás está anotar que estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas. La objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y, la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera, pone en peligro la seguridad jurídica, porque deja de lado actos que deberían ser reprimidos; la segunda, porque su consecuente aplicación concluiría con la represión de la pura voluntad criminal, que nosotros hemos rechazado.

Es, pues, por los extremos a que conllevan tanto la teoría objetiva como la subjetiva que se sostiene hoy en día un criterio intermedio, conforme al cual se tiene en cuenta el elemento objetivo para limitar los alcances del puro concepto subjetiva.

Y, es por ello que la voluntad se considera propiamente como la base de la represión; mas debe concretizarse en el mundo externo. Esta actividad externa no determina su sentido o calificación delictiva, sino que, justamente, a través de ella se expresa la voluntad (3). De esta manera, la consumación y la tentativa tendrían que ser reprimidas en base al elemento subjetivo, que se encuentra en el centro del derecho penal actual: no hay pena sin culpabilidad. Al estudiar las diferencias entre tentativa y actos preparatorios, veremos en detalle los elementos de carácter objetivo empleados para limitar la concepción subjetiva.

El legislador peruano al admitir la represión del denominado delito imposible (art. 99), reconoce que es el elemento subjetivo el que, en primer lugar, sirve de fundamento a la represión de la tentativa. Según dicha disposición se sancionará, aunque de manera atenuada, al agente que hubiera intentado cometer un delito por medio y/o contra un objeto de naturaleza tal "que la realización fuese absolutamente imposible". Por no existir en este caso una real puesta en peligro del bien jurídico, los partidarios de la concepción objetiva lo excluyen del dominio de la represión penal (4). Así, pues, si nuestro legislador hubiera partido de este criterio, no hubiese estatuido la represión del delito absolutamente imposible. Diferente es el criterio aceptado por los autores del Proyecto de 1985 (agosto). Estos proponen, en el art. 35 de dicho proyecto, que no se reprima "la tentativa cuando es absolutamente imposible la consumación del hecho punible, por la inidoneidad del medio empleado".

Algo más, debemos tener en cuenta que el legislador nacional adopta la concepción subjetiva como punto de partida; esto es, al considerarla base de la represión, No obstante, no la toma en cuenta como el único criterio para reglamentar la sanción o para distinguir entre los actos preparatorios y la tentativa. Y, con exactitud de criterio afirmó el codificador que "el proyecto concilia prudentemente los aspectos subjetivo y objetivo de la delincuencia en esta materia, y sin despreciar completamente la realización material, gradúa la acción criminal y los elementos de que el delincuente se ha valido..." (5).

Por otro lado tenemos que en el Proyecto de 1916 ya se regulaba el delito imposible; pero todavía se definía la tentativa como el comienzo de ejecución de la infracción, por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución. En el texto definitivo del Código no aparece esta definición, concretándose el legislador a señalar como límite para distinguir los actos punibles de los impunes, el comienzo de la ejecución de la infracción. Esta fórmula no se orienta, por tanto, a fundamentar la punibilidad de la tentativa, sino, más bien a determinar a partir de qué momento deben ser reprimidos los actos que exteriorizan la voluntad criminal (6). Obviamente, con este criterio nuestro legislador ha seguido una orientación intermedia.

### **135. La tentativa en nuestra legislación.-**

#### **a) Introducción:**

En el título XI del libro primero del Código Penal, el legislador peruano ha regulado bajo el título genérico de tentativa los siguientes casos, el desistimiento activo (art. 95), el arrepentimiento activo (art. 96), el delito frustrado (art. 97, pf. 2), la tentativa "estricto sensu" (art. 97, pf. 3) y el delito imposible (art. 99). Como hemos dicho anteriormente, nuestro legislador no define la tentativa, pero proporciona en las diferentes disposiciones las referencias necesarias para su elaboración teórica.

El Código de Justicia Militar vigente (art. 8) contiene una definición de tentativa que ya figuraba en el art. 3, pf. 2, del Código Penal derogado. En estas normas se afirma que hay tentativa "cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal".

De las normas del Código Penal se deduce que para admitir la existencia de la tentativa debe comprobarse primero, la existencia en el agente de una voluntad tendiente a la realización de una infracción; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el "simple comienzo de la ejecución de la infracción" y, por último, que no se consume la infracción querida.

**b) Elemento subjetivo:**

El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Por esto, se afirma que, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado.

La mayor parte de los autores identifican el dolo como el elemento subjetivo de la tentativa, ya sean partidarios de la teoría finalista de la acción (7) o contrarios a ella. Incluso, estos últimos reconocen en ella tanto un elemento de la culpabilidad como un elemento subjetivo de la antijuricidad (8). Sostiene un criterio diferente **Schmidhäuser** quien señala que debe evitarse tal equiparación, ya que en la tentativa se trata únicamente de la decisión de actuar dirigida a la producción de una infracción determinada; en el delito consumado doloso se trata más bien de la conciencia de la antijuricidad y del hecho (condiciones de la acción y del resultado) (9). La opinión del jurista alemán es fundamental en relación con el delito imposible (un caso de tentativa), en el que el agente incurre en un error sobre la naturaleza de la acción que desarrolla o de los medios que emplea. Error que por su carácter esencial puede excluir el dolo (10).

En nuestro Código, el legislador no ha hecho referencia expresa a este elemento subjetivo de la tentativa; implícitamente está contenido en las disposiciones sobre la materia. En el párrafo 2o. del art. 97, se consigna que el culpable debe haber "puesto de su parte todo lo necesario para la consumación..." y en el art. 99 "que hubiere intentado cometer un delito ...". Intentar no implica otra cosa que tener la intención de realizar algo. En el art. 8, pf. 10., del Código penal militar vigente se dice que "hay delito frustrado, cuando perpetrado el hecho criminal no se produce el mal que se propuso el culpable...". Ha sido, sin embargo, en el Proyecto de 1877 donde se dispuso con más claridad que "la tentativa es la intención de cometer un delito manifestada por actos exteriores..." (art. 2. pf. 30.).

Y es debido a que, justamente, el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, que sólo puede darse la tentativa en los delitos dolosos; lo que es imposible en el caso de delitos culposos. Por el contrario, es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, en tanto que el tipo legal no exija más para su realización (11).

El fin perseguido por el agente debe ser, pues la consumación de la infracción y no su realización (12). Este último caso es el del agente provocador (13).

La Corte Suprema ha considerado, en su jurisprudencia, correctamente el elemento subjetivo de la tentativa; aunque con cierta frecuencia se preocupa tanto de comprobar su existencia, que descuida preguntarse, si los actos ejecutados por el agente constituyen o no un "comienzo de ejecución de la infracción". Así, en su Ejecutoria del 27 de Diciembre de 1943 (14), declara la nulidad de la sentencia de un tribunal correccional que había absuelto al agente que trató por la fuerza de llevar al monte a una menor de 10 años, en razón a que no había prueba plena sobre la intención del acusado. La Corte Suprema sostuvo, de acuerdo con el fiscal, que "existe error en la sentencia..., pues siendo la intención un elemento subjetivo, sólo puede conocerse de dos maneras: por relación directa del interesado o por las pruebas indirectas que conduzcan a conocer cuál fue tal intención". Y concluye afirmando que "en este caso los actos anteriores y posteriores, comprobados directamente, son demostrativos de la intención criminal" por lo que dispone se someta al acusado a nuevo juicio oral por tentativa del delito contra el honor sexual.

La misma importancia reconoce la Corte Suprema a la voluntad del agente cuando, admitiendo los argumentos del fiscal, reprime más severamente, a título de tentativa de delito contra la libertad y el honor sexuales, al acusado, chofer de oficio, que desvió su vehículo por sitio apartado con el objeto de violar a una pasajera, quien tuvo que arrojararse del auto, fracturándose el brazo (15). Un caso parecido, pero en el que la mujer perece, fue considerado como tentativa de delito contra la libertad individual (art. 223). Parece que no se admitió que el agente hubiese actuado con la intención de violar a la víctima (16). El análisis de ésta y otras resoluciones de la Corte Suprema es dificultado, frecuentemente, por la imprecisión con que señala la infracción que el agente quiso cometer. En la mayor parte de los casos se refiere a los títulos del Código "delitos contra el honor y la libertad sexuales", "delitos contra la libertad", etc. sin expresar si se trata de violación, atentados contra el pudor, raptó, secuestro, etc. Un ejemplo diferente lo constituye la Ejecutoria del 2 de noviembre de 1957 (17). En ella, los magistrados supremos hacen suyo el dictamen fiscal, en el que se sostiene que "los móviles que impulsaron al agente a cometer el delito, la hora en que lo perpetró y el arma que utilizó para llevar adelante su propósito, revelan claramente que su intención fue causar la muerte del agraviado y no simplemente lesionarlo" (18).

**c) Elemento objetivo: comienzo de ejecución:**

El elemento objetivo de la tentativa es designado por nuestro legislador mediante la siguiente fórmula: "el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito" (art. 97, in fine). Esta fórmula, consagrada legislativamente por primera vez en el Código francés de 1810 (art. 2), figuraba en términos parecidos en el Código derogado de 1863, en los Proyectos de 1900-1902 y de 1916 (19). No figuraba, por el contrario, en los Proyectos de 1877 y de 1928 (20).

De este modo, el legislador excluye, en primer lugar, una concepción puramente subjetiva de la tentativa: luego, subraya la necesidad de que la voluntad criminal se exteriorice mediante ciertos actos; y, por último, trata de señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

**d) Criterio formal objetivo:**

Lo que debe comprenderse por comienzo de ejecución, es un punto sobre el cual mucho se ha discutido. Del criterio que se adopte respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá en mucho los alcances que se reconozcan a tal fórmula. La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico-sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga.

Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad descrita en el tipo legal. En el delito de hurto (art. 237), por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente sustrae la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa (art. 244), cuando el agente ejecuta el artificio, astucia o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; o en el delito de violación (art. 196), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo.

La fórmula empleada por nuestro legislador se vincula estrechamente a esta concepción, cuyas ventajas son su completa adecuación al principio de legalidad (debido a su directa referencia al tipo legal), su aparente claridad y simplicidad en la aplicación (21). Sin embargo, es de observarse que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, que desde un punto de vista de política criminal es inaceptable. Así, por ejemplo, no sería de reprimir al agente que, con la intención de robar se introduce al domicilio de la víctima, pero, sin llegar a tomar la cosa mueble por haber sido descubierto. Tampoco lo sería quien es sorprendido en el momento de yacer con una menor de cinco años a fin de hacerla sufrir el acto sexual. Además, se debe destacar, en relación con la técnica legislativa, que la elaboración de los tipos legales es frecuentemente hecha sin tener en cuenta las consecuencias en el campo de la tentativa (22). Razón por la cual, es inconveniente hacer depender, fatal y totalmente, del tipo legal lo que debe comprenderse por "comienzo de la ejecución del delito". El legislador no indica, con frecuencia, cuál es el inicio de la acción. En el tipo legal de homicidio se limita a decir, por ejemplo, el que "matare

intencionalmente a otro". ¿Cuándo debe reputarse que comienza el agente a matar? ¿Cuándo apunta con el revólver hacia la víctima; cuando dispara, o ya desde que la esperaba para atentarse contra ella?

Los inconvenientes que representa la aplicación de la teoría formal objetiva, han sido las causas implícitas para que la Corte Suprema haya admitido la existencia de tentativa aun cuando los actos del agente no constituyan, realmente, el inicio de la acción típica.

En su ejecutoria del 19 de mayo de 1948 (23), considera, acertadamente, que hay tentativa de violación y no atentado contra el pudor, en el caso del agente que trató de violar a una menor de 9 años, sin lograr comenzar el coito. De igual manera, calificó de tentativa de violación el hecho de acostarse sobre la víctima (menor de 3 años), luego de haberla despojado de su prenda íntima (24); y, el hecho de introducirse en la habitación de la menor y quitarle la misma prenda, no pudiendo continuar su acción por haber sido sorprendido entonces por los padres de la menor (25).

#### **e) Formula de Frank y ensayos para precisarla:**

En la doctrina y con el fin de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, se han buscado nuevos criterios, con el fin, precisamente, de ampliar el número de casos que deberían ser tratados como tentativa. Es decir, comprender como tal a actos que se encuentran fuera del tipo legal; que no pueden ser considerados, propiamente, como una parte de la acción típica. Un paso decisivo en este sentido lo constituye la tesis de **Frank** (26), según el cual es de considerar que existe ya un "principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural". Contra este criterio se ha destacado su amplitud e indeterminación: el concepto de concepción natural es considerado vago y el de necesaria conexión produce consecuencias diversas en la medida que sea determinado según un criterio objetivo o subjetivo (27). Para concretizar la fórmula de **Frank**, algunos autores han considerado que debe afirmarse que se inicia la ejecución del delito, cuando el acto realizado representa un peligro directo para el bien jurídico protegido. Si tal es el caso, será determinado conforme al plan de acción del agente, quién es el único que puede decir como deberá ser ejecutado el acto (teoría formal-objetiva individual) (28). Así, la instalación de un mecanismo para provocar un incendio será considerado acto preparatorio o tentativa, según si el agente planeó que su puesta en marcha sería la obra de un tercero (intermediario de buena fe) o la suya propia o la de un coautor. En este último sólo debería considerarse actos preparatorios (29).

Con el fin de evitar las imprecisiones que implica el recurrir al concepto de peligro, diversos autores admiten que se comienza la ejecución de un delito cuando el agente realiza una acción que, de acuerdo a su plan, comporta colocarse inmediatamente a la realización típica. Dicha acción debe, según la experiencia general, aparecer como formando parte del comportamiento típico (30). Esta concepción de la tentativa ha sido incorporada en el Código penal alemán (31).

A nuestro parecer este último criterio es, en principio, el más conveniente para distinguir actos preparatorios y tentativa. El texto de nuestra ley no se opone a su admisión; por el contrario, el recurrir a los elementos objetivos y subjetivos que implica tal criterio, concuerda con la orientación de la que partió nuestro legislador. Además, conserva la indispensable referencia al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal.

El indicado criterio no tiene evidentemente, un valor absoluto (32); ni debe ser tomado como una fórmula en la que bastará subsumir el caso a juzgar para saber si se trata de una tentativa y no de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado en la perspectiva del tipo legal que el agente se propuso realizar (33).

#### **f) Criterio subjetivo:**

Para completar el panorama de teorías que ha tratado de proporcionar criterios diferenciadores entre tentativas y actos preparatorios, nos falta señalar la denominada teoría subjetiva pura, cuyos defensores sólo tienen en cuenta la voluntad del agente, lo que los conduce a ampliar excesivamente la tentativa. Defensor destacado de esta superada teoría fue **von Buri**. Una variación de esta concepción la constituye el criterio defendido por algunos autores, según los cuales se dará



"comienzo de ejecución, es decir tentativa, cuando el acto ejecutado por el agente, en lo que le concierne y de acuerdo a su representación, constituye el paso decisivo en la ejecución de su resolución criminal". No se tiene en cuenta, pues, el acto en sí, sino lo que significa para su autor en el proceso de realización de la infracción (34).

En todo caso, no olvidemos lo afirmado por **Stratenwerth** : "los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa parecen ser vanos, como lo demuestra la historia dogmática del último siglo y medio" (35).

#### **g) Idoneidad de la acción:**

En nuestro país, se afirma con cierta permanencia que la acción desarrollada por el agente debe ser "apta para la realización del tipo proyectado". Sus defensores (36), siguen fielmente la opinión del profesor chileno Novoa **Monreal** (37). Esta exigencia es aceptable sólo si la ley lo dispone expresamente o si se adopta la concepción puramente objetiva de la tentativa. El primer caso es, por ejemplo, el de la ley penal italiana. Según el art. 56, pf. 1o., del Código Rocco: "quien comete actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responde de tentativa (delitto tentato), si la acción no se cumple o si el resultado no se verifica". Este no es el caso de nuestra legislación, en la que de otro lado se ha establecido la punibilidad del llamado delito imposible, que consiste, precisamente, en intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible.

Novoa **Monreal** considera como una característica de la tentativa la idoneidad de la acción, en razón a que parte de la concepción objetiva de la tentativa. De allí que sostenga que "si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, de una manera general podría afirmarse que no ha nacido, para los efectos jurídicos, sino una intención de consumir un acto típico, porque el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquel. Habría una desconexión entre la intención del sujeto y la manera como obra, lo que haría a aquella irrelevante para el derecho" (38). Esta argumentación, que hace suya **Bramont Arias** (39), no es conforme a nuestro Código, ya que, justamente, en su elaboración el legislador partió de la concepción subjetiva sobre la punibilidad de la tentativa (40). Se castiga la tentativa en base a la voluntad criminal manifestada externamente. La idoneidad de la acción es irrelevante en este punto; ella sólo será tomada en cuenta para regular la pena (41). Este es el sentido del art. 99 de nuestro Código, que regula el delito imposible, considerado en el fondo como una forma de tentativa.

Como lo veremos más adelante (42), en el denominado delito imposible, también se da un comienzo de ejecución, constituido por actos tendientes a cometer la infracción y que el agente considera como propios para la consumación. Es siempre el elemento subjetivo el que predomina.

En el Proyecto de 1985 (agosto), se adopta el criterio aquí criticado. Según el art. 33, la tentativa consiste en comenzar la ejecución del delito "con actos apropiados". Esta fórmula no es bastante clara y no constituye una real mejora en relación a la empleada en el Código vigente.

#### **h) No realización de la consumación:**

El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo y consiste en la no consumación de la infracción, ya sea debido a circunstancias accidentales o a la intervención del propio agente.

Se dice que un delito se ha consumado cuando se han realizado todos los elementos subjetivos y objetivos del tipo legal. Se trata, pues, de un criterio puramente formal (43), ya que lo determinante es la manera como ha sido concebida legalmente la infracción. Para que se dé tentativa debe, justamente, permanecer incompleto este aspecto objetivo de la infracción. Esto sucede cuando no se realiza toda la acción delictuosa o cuando efectuada ésta, no se produce el resultado criminal (lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

De allí que con toda corrección se diga que la tentativa y el delito consumado son iguales en lo que concierne al aspecto subjetivo (intención dirigida a producir la infracción) (44), pero que son diferentes

en cuanto al aspecto objetivo, ya que éste se da imperfectamente en la tentativa (45). De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, podemos decir que tentativa es una acción, que si bien constituye un "comienzo de ejecución" no llega a realizar el tipo legal perseguido (46).

***i) Causas que impiden la consumación:***

**Bramont Arias y Roy Freyre** (47) afirman, siguiendo también en este punto la opinión de Novoa **Monreal**, que la imperfección objetiva de la tentativa debe ser efecto de "la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente". Según el profesor chileno la "no producción (de la consumación) se debe..., a que surge un obstáculo o impedimento, ajenos a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha. Sin ellos, continua Novoa **Monreal**, no puede haber tentativa, pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significaría que el agente eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con una tentativa inidónea o una tentativa desistida, respectivamente" (48).

Este criterio no concuerda con las disposiciones del Código Penal o de Justicia Militar. En ellas no se hace referencia a tales circunstancias, lo que sí se realizó en los Proyectos de 1877 (49) y de 1900-1902 (50). En estos intentos legislativos, el codificador seguía el modelo español, que en este dominio fue abandonado en 1916 (51).

Cuando el agente desiste de continuar cometiendo su acción criminal o cuando interviene espontáneamente, luego de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado de esta su acción, también comete tentativa. Es decir, una acción tendiente a la consumación de un tipo legal. El desistimiento o el arrepentimiento (52), no determinan la desaparición de la tentativa, sino que influyen de manera determinada en su penalidad. El art. 95, establece que "la tentativa no es punible cuando el agente hubiese desistido ..." y el art. 96, que "el juez podrá atenuar la pena de la tentativa ..., cuando el agente hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado ...".

La interpretación sistemática de las disposiciones de nuestro Código, impide considerar como tentativa sólo los casos en que la no-consumación de la infracción sea debida a causas independientes de la voluntad del agente. La opinión contraria contradice el texto mismo de la ley (53).

Admitir el criterio por nosotros expuesto, no significa que se contradiga la afirmación de que el elemento subjetivo de la tentativa debe ser completo. Justamente, se trata de lo contrario. El desistimiento y el arrepentimiento comportan, precisamente, el abandono no busca la consumación de la infracción, no puede hablarse de desistimiento o arrepentimiento.

***j) Tentativa y delito agotado:***

Como en el elemento subjetivo de la tentativa, la referencia a un tipo legal es también un factor esencial en la determinación del elemento objetivo. Ya hemos visto que la consumación es un concepto formal (55), ya que consiste en saber si el tipo legal ha sido realizado de manera completa. Debe ser distinguido de la noción de agotamiento del delito, que es de carácter material e interviene cuando el agente alcanza el fin último que se había propuesto (por ejemplo, en el caso del chantajista que disponga del dinero obtenido ilícitamente).

***k) Jurisprudencia:***

En diversas ejecutorias, la Corte Suprema destaca, justamente, el momento en que se consuma la infracción juzgada, con el objeto de fundamentar la existencia de tentativa. En relación con el delito de hurto señala que "el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído. Toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, por lo que se trata de una tentativa" y "que lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de disponibilidad y no el simple desapoderamiento" (56). Incorre, por el contrario, en error la Corte Suprema cuando declara su conformidad con la opinión del fiscal, quien sostuvo que "el delito

de falsificación de moneda se consuma con la simple tenencia de los instrumentos que sirvieron para ese fin o dándole curso a los billetes falsificados" (57). Lo cierto es que la tenencia de instrumentos es un acto preparatorio, reprimido independientemente en el art. 381 (58). Si se considerase consumado el delito de falsificación en tal caso, el agente tendría que ser reprimido con la pena prevista en el art. 369. Es decir, penitenciaría no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses y, en todo caso, multa de la renta de tres a noventa días, en lugar de prisión no mayor de seis años (art. 381).

Comparada la tentativa con el delito doloso consumado aparece, objetivamente, como un delito imperfecto. Imperfección consistente en la falta de uno de los elementos objetivos del tipo legal. Esta realidad hace posible que el legislador establezca, en disposiciones generales, la represión de la tentativa, sin tener que hacerlo en cada una de las disposiciones de la parte especial. Tales normas genéricas son, debido a la técnica legislativa empleada, subordinadas, dependientes, de las prescripciones que contienen los tipos legales (59). Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria. Una vez cometida, el agente se hace acreedor a una sanción. Con razón afirma, **Schmidhäuser** de que no se trata de una parte de un hecho penal, sino un hecho penal en sí, que consiste en la ejecución parcial de un delito. Por lo que no es de decir: "comete tentativa de un hecho punible quien...", sino "comete hecho punible, quien trata de realizar un delito..." (60).

A pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, en nuestro derecho generalmente en grado menor, no se puede sostener de que estemos frente a una "circunstancia atenuante" (61). Sólo es un problema de técnica legislativa.

### **136. Los actos preparatorios.-**

#### **a) Noción:**

Luego de haber fijado en qué consiste la tentativa, estamos en condición de referirnos a los actos preparatorios. Y, deben ser considerados como tales todos aquellos actos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas. Un tercero observador, y/o conocedor del plan del agente, no estará en situación de afirmar, al observarlas, que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica. Aunque no es posible considerar a ciertas formas de actuar como propiamente actos preparatorios, ya que es de tener en cuenta el tipo legal de que se trata y el plan de acción del autor, cabe señalar, en principio, como tales, a la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de comisión de la infracción, el espiar a la futura víctima, etc. (62).

#### **b) Fundamentos de su impunidad:**

Generalmente, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios; en particular, debido a que no constituyen una manifestación suficiente de la intensidad de la voluntad criminal y del fin que ésta tiene. Mediante su realización, el agente ha sobrepasado el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no alcanza un nivel tal que permita observar que su accionar se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.

La impunidad de los actos preparatorios es una exigencia de la seguridad jurídica. Por esto, hemos considerado inadmisibles la pura concepción subjetiva al momento de distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

Nuestro legislador no ha hecho referencia a los actos preparatorios, ni establecido expresamente su impunidad. Pero esto se desprende de manera implícita del hecho que haya establecido como límite genérico para la intervención penal el simple comienzo de la ejecución de un delito. Cosa distinta sucede en el Código de Justicia Militar. El art. 8, último párrafo, especifica, reproduciendo el texto del art. 3, pf. 3, del Código Penal derogado, que "hay actos preparatorios cuando, antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo". El art. 9, pf. 2o., de este mismo Código dispone la impunidad de tales actos, "salvo cuando medie confabulación" (63). En la misma disposición se afirma que se da confabulación "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito" (64).

### c) Excepciones a la regla de la impunidad:

En algunos casos, sin embargo, nuestro legislador ha establecido la represión de ciertos actos preparatorios; con este objeto ha tenido, fundamentalmente, en cuenta, la importancia del bien jurídico protegido. Y se trata, en buena cuneta, de casos excepcionales. Así, entre los delitos contra el Estado y la defensa nacional, se castiga al que practicare "un acto dirigido a someter a la República ..." (art. 289); entre los delitos contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución, se reprime ya al que "tomare parte como director o promotor, en una conspiración de dos o más personas, para cometer los delitos de rebelión o sedición de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia, o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición ..." (art. 310) (65). Como delito contra la seguridad pública se sanciona la fabricación de "explosivos o bombas sabiendo o debiendo presumir que se destinan a un empleo delictuoso" e, igualmente, el "procurarse explosivos o bombas o sustancias para su fabricación" o entregarlos a otro, conservarlos, ocultarlos o transportarlos "sabido o debiendo presumir su destino delictuoso" (art. 265). Entre los delitos contra la fe pública se pena al que "a sabiendas fabricare o introdujera en la República o conservare en su poder, cuños, marcas o cualquiera otra clase de útiles o instrumentos, conocidamente destinados a la falsificación de moneda ..." (art. 381). Señalemos, como ejemplos en la Legislación complementaria, el D.L. 122 (art. 55) que prevé como delito de tráfico de drogas el hecho de sembrar, cultivar, fabricar, extractar, preparar o realizar" cualquier otro acto análogo inherente al proceso de producción" de alguna droga (66); el D. Leg 46 que describe el delito de terrorismo diciendo "El que con propósito de provocar o mantener en estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella, cometiera actos que pudieran crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas..., valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación ..."; el D.L. 20066 del 26 de junio de 1973, que reprime como autores del delito de usurpación (art. 257) a "quienes fomenten, organicen, dirijan o proporcionen invasiones de terrenos en áreas o de expansión urbana ..." (art. 3) y, por último, el D.L. 20153 del 25 de setiembre de 1973, que estatuye como delito de contrabando el tener en su poder productos o mercancías, a menos de 50 kms. de la frontera y sin la autorización correspondiente (art. 13).

Además debe de tenerse en cuenta que ciertos actos, que tomados independientemente pueden ser calificados de preparatorios, son, con frecuencia, reprimidos a título de actos de complicidad; por ejemplo, entregar el arma al agente (67).

En doctrina, se afirma con frecuencia que en estos casos excepcionales el legislador reprime los actos preparatorios a título de delitos *sui generis*. Nos parece inconveniente esta terminología, pues nos hace pensar en que todavía es posible reprimir la tentativa de realizar tales formas de actuar. Es de rechazar este criterio y más bien afirmar la inadmisibilidad de la tentativa en tales casos (68).

Como señalábamos al inicio de este capítulo, en Suiza se ha incorporado la represión de los actos preparatorios en relación con ciertos crímenes graves. Después de largas e intensas discusiones, se ha definido como actos preparatorios delictuosos ("actes préparatoires délictueux") el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización; las mismas que indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a la ejecución del acto delictivo (69). Según esta fórmula no basta un acuerdo puramente intelectual entre delincuentes para delinquir. Es necesaria la existencia de un plan y que el agente realice algo; por ejemplo, la adquisición progresiva de armas o de fondos, el recojo de información sobre el lugar de la infracción o la ejecución. El objetivo buscado es el de adelantar la intervención represiva antes que se comience a ejecutar la infracción y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implica ya un daño irreparable. Así no sería indispensable esperar que los malhechores - listos a pasar a la acción - inicien su accionar delictivo (70). Estas razones y, además, la restricción de la represión a los actos preparatorios de los delitos de homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, raptó, toma de rehenes o incendio intencional, no justifican plenamente la ampliación de la represión. La definición elaborada no es suficientemente clara y no es del todo conforme al criterio de seguridad jurídica. En Suiza, los problemas que pueden surgir están en relación con el criterio subjetivo, utilizado para distinguir, justamente, la tentativa, de los actos preparatorios. En nuestra opinión, se trata de un ejemplo que no debe ser seguido.

### 137. La tentativa acabada e inacabada.-

Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a completarla, se habla que existe una tentativa inacabada. De manera negativa, se puede decir que no ha "puesto de su parte todo lo necesario para la consumación". Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir, el contenido de su voluntad criminal (71).

La interrupción de la acción puede deberse a una decisión espontánea del agente o a la presencia de causas extrañas (el arma se le descompone, un tercero le sorprende, se le amenaza para que no continúe, etc.). Cuando esto último sucede debe aplicarse el art. 97, pf. 30., a, como lo hemos explicado, la pena debe ser la que correspondía imponer en caso de delito consumado disminuida de un tercio a la mitad. Esta menor severidad es debida a que la acción criminal no alcanza su completo desarrollo. En el caso de que el agente decida voluntariamente abstenerse de continuar ejecutando la acción, se habla de desistimiento voluntario (72).

En la tentativa acabada el autor lleva a cabo todos los actos que, de acuerdo a su representación, son indispensables para la producción del resultado. Como en la tentativa inacabada, la consumación de la infracción no se produce; ya sea debido a una intervención voluntaria del delincuente o "a circunstancias accidentales". En el primer caso, se trata del llamado arrepentimiento activo (73).

El segundo caso es el denominado delito frustrado, previsto en el art. 97, pf. 2o., y que dispone la atenuación facultativa de la pena; dicha denominación figuraba en el texto del Código penal de 1863 y de los proyectos de 1877 y 1900-1902. Las fórmulas utilizadas en ellos son en el fondo parecidas a la del proyecto de 1916 y a la del Código vigente. En este último se prefiere hablar de circunstancias accidentales y no de causas independientes de su voluntad, como sucedía en los precedentes legislativos. Ya hemos dicho que esto proviene del proyecto italiano de 1921 (74). El mismo origen tiene la referencia a las modalidades del hecho y las condiciones del culpable que contiene el art. 97 que comentamos; referencia superflua e incompleta, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 51.

Objetivamente, en la tentativa acabada, la acción criminal ha llegado a un desarrollo mayor que en la tentativa inacabada. Sin embargo, no se debe olvidar que en la determinación de su existencia es capital tener en cuenta el plan del agente y el tipo legal que pretende consumir.

### **138. El desistimiento espontáneo.-**

El art. 95, ab initio, declara que "la tentativa no es punible cuando el agente hubiere desistido espontáneamente de la infracción".

La forma de tentativa que aquí se trata es la de la tentativa inacabada; por lo que hubiera sido mejor que el legislador se hubiese referido a la continuación de la acción delictuosa que a la infracción. Una vez que el agente ha realizado todos los actos que, de acuerdo a su representación eran necesarios para la producción del resultado, no podrá darse el desistimiento. Esto significa el abandono de la voluntad criminal, por parte del agente, mientras éste se encuentre ejecutando la acción; mientras se "halle dentro de la progresión del hecho" (75). El desistimiento debe ser espontáneo; es decir, realizado por el delincuente de manera voluntaria y de propia iniciativa. En el Proyecto de 1916, nuestro codificador se refería a que el agente se haya desistido voluntariamente; el cambio al vocablo espontáneamente fue inspirado por el Proyecto **Ferri** (1921). En la exposición de motivos de este proyecto, se dice que el vocablo es utilizado para indicar que el desistimiento de be comportar un propósito de arrepentimiento (enmendar rumbo), o al menos de no ser impuesto por circunstancias exteriores que contradigan el propósito delictuoso (por ejemplo, gritos o resistencia de la víctima, aparición de personas o funcionarios, falta de los instrumentos necesarios o de circunstancias favorables, etc.) (76). Por no existir exposición de motivos del Proyecto de 1985 (agosto), no se sabe las razones que han llevado a sus autores a preferir el término "voluntariamente" (art. 34).

El saber si el agente se resolvió espontáneamente es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que reglas fijas generales, no pueden ser elaboradas; a lo más es factible fijar algunas directivas generales (77). Se trata, comúnmente, de un desistimiento espontáneo cuando el agente lo hace sin que se haya producido un cambio esencial en la situación (78). Si surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa, no podrá concebirse que el agente se desistió espontáneamente. Esta calidad de desistimiento, exigida por la ley, es particularmente excluida por el descubrimiento de la acción

delictuosa por parte de un tercero (79); pero, no por la ausencia de motivos éticos (80). El desistimiento es espontáneo aunque fuera provocado por el súbito temor de ser severamente penado, de ser sorprendido in fraganti, a las consecuencias de su acto o por simple desplacer. La resistencia de la víctima o de un tercero, impiden que el desistimiento del agente cumpla con este requisito legal.

Con criterio correcto, la Corte Suprema ha negado la calidad de espontáneo al desistimiento de quien fuga al ser descubierto, cuando trataba de hacer sufrir el acto sexual a una menor (81). De la misma manera procedió en el caso de un delincuente que desiste de su intento de violar a una menor, por temor de ser sorprendido. Este temor le fue provocado por los gritos de otra menor que acompañaba a la agredida, afirmando que se aproximaban dos hombres (82).

El descubrimiento del delincuente durante su accionar, por parte de un tercero, puede, algunas veces, no ser considerado como factor que excluye la espontaneidad del desistimiento. Sería el caso cuando el tercero sea una persona por la cual el agente, debido a sus relaciones personales, no tema ser denunciado; por ejemplo, su madre o esposa (83).

En relación con el porqué se declara impune la tentativa en caso de desistimiento espontáneo, se ha sostenido, tradicionalmente, de que se trata de un puente de oro tendido al delincuente a fin de evitar que consuma su infracción. Este criterio defendido por Franz **von Liszt**, a partir de una concepción de política criminal individual, es ahora fuertemente criticado, porque no concuerda con la realidad; en la medida en que esta disposición permanece desconocida, no influye en el agente en el momento de actuar (84). En reemplazo de la concepción de **von Liszt**, se afirma ahora que se trata de un premio y/o gracia concedido al delincuente, y este criterio tampoco es satisfactorio. Es preferible la opinión de quienes sostienen, a partir de una concepción de política criminal general y considerando los fines de la pena, que el agente al desistirse pone en evidencia una voluntad insuficientemente intensa para realizar la infracción, por lo que resulta innecesario reprimirlo penalmente. El agente no se revela como suficientemente peligroso y la perturbación del orden jurídico es suprimida por su enmienda espontánea. Esta manera de fundamentar la impunidad de quien se desiste de su tentativa, es el fruto de la consideración de diferentes ideas (85), entre las que predominan las concernientes a la prevención general y especial. Y, aquí también debemos considerar la de facilitar o, al menos, no dificultar que el agente dé marcha atrás en su acción delictuosa (86).

El desistimiento es una circunstancia personal de impunidad que sólo favorece a quien lo practica (87). Vale decir, cuando sólo uno de los participantes en la acción delictuosa, se decide espontáneamente a no continuar actuado, sólo él será favorecido con la exención de pena, no así los otros.

El hecho de que el agente se haya desistido espontáneamente no significa todavía que se halle exento de toda sanción penal; lo que se había propuesto cometer. El art. 95, in fine, estatuye que "no quedarán impunes los actos practicados que constituyen por sí mismos delitos". Esto es, que si los actos cometidos constituyen ya una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado en relación a dicha infracción. Así, por ejemplo, quien con el fin de matar a otro lo agrede con arma blanca y luego de inferirle algunas heridas leves, se desiste espontáneamente de proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones. Otro caso sería, el de quien ingresa a caso ajena, con el objeto de violar a la propietaria, pero luego de vencer su resistencia y antes de practicar el coito se desiste. Este agente será sancionado penalmente en relación al delito de violación de domicilio y/o amenaza, mas no como autor de tentativa de violación.

### **139. El arrepentimiento activo.-**

#### **a) Definición:**

El mal denominado arrepentimiento activo, se origina cuando el agente ha realizado todo lo que, según su representación, dependía de él para consumir la infracción; pero, interviene para evitar la producción del resultado. A estas alturas del desarrollo de la acción, no es ya posible un desistimiento. El art. 96 regula este caso en los siguientes términos: "el juez podrá atenuar la pena de la tentativa hasta límites inferiores al minimum legal, cuando antes de haber sido descubierto, el agente hubiese obrado de motu proprio para impedir la producción del resultado".

La tentativa a que se hace referencia en esta disposición es la tentativa acabada (88); pero no en cualquier caso, sino sólo cuando el resultado delictuoso se halla en suspenso. Por ejemplo, el delincuente ha hecho, mediante engaño, ingerir a la víctima una poción envenenada, de efecto mortal no fulminante, lo que daría tiempo para la aplicación de un antídoto. No es posible, por el contrario, arrepentimiento activo cuando por diferentes circunstancias es ya evidente que el resultado no tendrá lugar (89). En doctrina, se denomina a este último caso delito frustrado y nuestro legislador lo ha regulado en el pf. 20. del art. 97.

Como lo dispone la ley, es necesario que el agente haga algo; esto es, desarrolle una actividad determinada con el fin de impedir la consumación de la infracción, lo que no implica que la acción decisiva sea realizada personalmente por el agente. Es suficiente que él haya advertido a un tercero y pedido su intervención; por ejemplo, a un galeno para que salve a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u otro medio adecuado.

Y aquí debemos hacer notar que lo que no se desprende con naturalidad del texto legal, es si la intervención del agente debe ser coronada de éxito. En otras palabras, si éste debió haber evitado, realmente, la producción del resultado. Cuando la ley dice "el agente hubiese obrado ... para impedir la producción del resultado", se está considerando aparentemente suficiente que el agente haya actuado con tal intención, aun cuando no haya logrado su objetivo. Esta misma imprecisión figuraba en la fuente suiza (90) de nuestro Código Penal; por ello, las Cámaras legislativas helvéticas precisaron el sentido de la regla al aprobar el texto definitivo del Código federal. Y lo hicieron en el sentido de que el agente debe haber "impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca" (art. 22 in fine).

De esta manera debe, igualmente, ser entendida la regla del art. 96. Como nosotros ya hemos anotado, sólo aparentemente esta disposición estatuye lo contrario, ya que si el legislador se refiere textualmente a "la tentativa" y si ésta no puede darse sino en ausencia del resultado, tiene que concluirse que el agente debe impedir materialmente la producción del resultado. De modo que si el agente fracasa en su intento de evitar la producción de aquel, provocado por su actividad delictuosa completa, será reprimido como autor de delito consumado, sin interesar las circunstancias que determinaron el fracaso (91). Sin embargo, el juez tendrá en cuenta estas circunstancias en el momento de individualizar la sanción, conforme lo prevé el art. 51 C.P.

#### ***b) Reparación espontánea del daño:***

Una vez acaecido el resultado delictuoso no puede darse el arrepentimiento activo; lo cual no debe ser confundido con el proceder del agente, posterior a la consumación de la infracción, consistente en la entrega de una suma de dinero en retribución del daño material provocado delictuosamente en la propiedad ajena. Esto no es sino una de las circunstancias que, según el art. 51, deben ser tenidas en cuenta por el juez para apreciar la culpabilidad y peligrosidad del delincuente.

#### ***c) Espontaneidad del arrepentimiento:***

Como lo señalábamos al iniciar este capítulo, la denominación de arrepentimiento es incorrecta. El vocablo da a entender que la aplicación del art. 96 implica que el agente se "pese de haber realizado su acción". Es decir que sienta aflicción o dolor interior; o, que sienta remordimiento. Ahora bien, lo cierto es que, de la misma manera como en el desistimiento, no son de relevancia los móviles a los que el delincuente haya obedecido. Puede, muy bien haberlo hecho por temor al castigo o por no estar satisfecho con las ventajas que pueda lograr.

Lo que interesa, de igual modo que en el desistimiento, es que el agente se decida a evitar el resultado de manera espontánea. La ley dice de motu proprio, lo que significa lo mismo que espontaneidad (92). Es decir, que obre por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior (93). De manera defectuosa, se ha regulado, en el Proyecto de 1985 (8 agosto), el arrepentimiento. Se le ha sometido al mismo régimen que al desistimiento y en la misma disposición legal, (art. 34). Si en relación a éste, se alude a su carácter voluntario, en cuanto al arrepentimiento se dice sólo "o impide que se produzca el resultado". A falta de exposición de motivos no sabemos si los autores del Proyecto adoptaron una tesis especial o si incurrieron en simple error de redacción.

La explicación de por qué el legislador usó la expresión *motu proprio* en lugar de la espontáneamente, como hace en relación al desistimiento, podría encontrarse en el hecho de que Jiménez de Asúa tradujera de esta manera la expresión francesa de *son propre mouvement* empleada por el legislador suizo desde el Anteproyecto de 1915 (art. 24) (94).

La referencia que se hace en el art. 96 a que el agente actúe "antes de haber sido descubierta" su acción delictuosa, está en relación con la espontaneidad de su decisión. Como decíamos líneas arriba, la circunstancia de que el agente sea sorprendido impide, normalmente, considerar que haya actuado espontáneamente (95).

"La confesión sincera antes de haber sido descubierta", mencionada entre las circunstancias generales a considerar en el momento de la individualización judicial de la pena, nada tiene que hacer con el arrepentimiento activo de que tratamos. En ese caso también se arrepiente el agente (en el sentido primigenio de la palabra), pero sucede después de haberse consumado el delito.

#### **d) Fijación de la pena:**

Por las consideraciones que expusimos al analizar el sistema de penalidad establecido para la tentativa en nuestro Código, de las cuales es de recordar sobre todo el afán del legislador en guardar la sanción de acuerdo a una combinación prudente de los factores subjetivos y de los objetivos de la tentativa, hemos de concluir que la pena en caso de arrepentimiento activo, debe ser disminuida por debajo del *minimum legal*. Si se interpretase literalmente el texto de la ley, debería afirmarse que tal reducción de la pena es facultativa y que el juez bien puede imponer la que correspondería al delito consumado, y ello comportaría reprimir el caso de arrepentimiento activo más severamente que el de la simple tentativa. En el arrepentimiento activo, si bien el factor objetivo (desarrollo de la acción) es más acentuado que en la tentativa, el aspecto subjetivo (voluntad criminal) no se mantiene con la misma intensidad, como en la mera tentativa.

Además, debemos considerar que las razones de política criminal general y especial que tuvo en cuenta el legislador para no castigar a quien se desiste, también debió tenerlas presente la regular el arrepentimiento activo (96). Si no establece para éste la impunidad, es, precisamente, porque el agente no abandona su voluntad criminal sino cuando el desarrollo de la ejecución del delito se halla muy avanzado.

La aplicación del art. 96, no implica que el agente deje de ser perseguido por la infracción independiente que puede constituir su acción. El que incendia una casa para causar la muerte de otro (acción criminal completa) y evita que se produzca el resultado letal (arrepentimiento activo), será juzgado por tentativa de homicidio y por delito de incendio consumado. Una regla especial regulando este caso no es necesaria, lo contrario en el caso del desistimiento, porque se trata de un caso de concurso ideal de leyes, resuelto en el art. 105 C.P. (97).

Como ya lo hemos señalado antes, se propone, en el Proyecto de 1985 (agosto), un tratamiento único para el desistimiento y el arrepentimiento. De este modo, en ambos casos se declara la impunidad de la tentativa y la sanción de los actos que constituyen de por sí un hecho punible.

### **140. Delito imposible.-**

#### **a) Noción:**

De conformidad al criterio que nosotros hemos adoptado, el denominado delito imposible es una forma de tentativa, entendida in extensu. El agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin; pero, la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza de los medios empleados o del objeto hacia el que se dirige la acción. Con las palabras de la ley: es intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible (art. 99 C.P.).

En este dominio el legislador peruano se inspiró fielmente en la fuente helvética. Y la falta de referencia en nuestro texto sobre la impunidad en caso de que el agente haya "actuado por defecto



de inteligencia", se puede atribuir a que el legislador sólo tuvo en cuenta el texto del Proyecto de 1908 (en donde tampoco se hacía referencia a tal circunstancia), o, a que, en forma voluntaria, decidió no prever expresamente este caso.

Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) adoptan un criterio diferente. Parten de un criterio objetivo (art. II) y se inclinan por la impunidad del delito imposible absoluto (art. 35).

**b) Aspectos subjetivo y objetivo:**

Como lo hemos afirmado anteriormente, la incorporación a nuestro Código de la regla referente al delito imposible, significó la aceptación - por parte de nuestro legislador - del criterio subjetivo, como punto de partida para la represión penal de la tentativa. Así, se sanciona al agente de un delito imposible, fundamentalmente, porque es titular de una voluntad criminal (98). Al llegar a este nivel no existe diferencia alguna con la tentativa (stricto sensu) o con el delito frustrado (99).

Es necesario anotar que esta voluntad delictuosa del agente se manifiesta, igualmente, mediante actos externos: el hacer tomar a la víctima una poción que considera venenosa; hacer uso de un arma de fuego que cree cargada; o, ejercer presión con una almohada sobre la cara del recién nacido con el fin de matarlo, cuando en realidad la "víctima" nació muerta.

No es correcto, por tanto, negar la factibilidad - en estos casos - del comienzo de la ejecución de la acción delictuosa. Esta es obviamente, factible de realizarse; lo que es imposible es la producción del resultado querido (100).

Por otro lado debemos tener presente que para la determinación del comienzo de la ejecución es de importancia la representación que se hace el agente de su forma de actuar. En el delito imposible, el agente quiere producir el resultado delictuoso y está convencido de poder lograrlo de la manera cómo lo ha planeado. Por esta razón **Welzel** afirma, correctamente, que también en este caso "debe existir objetivamente un principio de ejecución; esto es, la acción tiene que representar, si fuere idónea, un principio de ejecución (101).

La exigencia de que el agente lleve a cabo tales actos externos, - aspecto objetivo de la tentativa (102), determina que no se castigue por la simple voluntad criminal, aun cuando ésta es la base de la represión. También debemos recordar que al analizar el factor objetivo de la tentativa rechazamos la opinión de que para admitir su existencia, los actos realizados por el agente deberían ser propios para conducir a la producción del resultado (103). Así mismo afirmamos que tal criterio contradecía la concepción mixta adoptada por nuestro legislador. Sólo desde un criterio puramente objetivo, es posible negar que el denominado delito imposible es una forma de tentativa (lato sensu). En nuestro medio, quienes admiten tal concepción, errónea por no conformarse a nuestra ley, incurren necesariamente, en contradicción. **Bramont Arias** hablará de "tentativa imposible" al comentar el art. 99 (104); y, **Roy Freyre** de "tentativa del delito imposible" (105). En este último autor, la contradicción se revela, sobre todo, porque parece adoptar el principio de la concepción subjetiva y, al mismo tiempo, acepta la definición de tentativa elaborada por Novoa **Monreal** desde una perspectiva objetiva (106). El profesor chileno, por el contrario, no incurre en esta contradicción. Además, de manera consecuente debería **Roy Freyre** concluir, como lo hace Novoa **Monreal**, afirmando la impunidad de los casos previstos en el art. 99 (imposibilidad absoluta) y que sólo "por consideraciones prácticas ajenas a la tentativa, especialmente la alarma social que el hecho provoca y la peligrosidad revelada por el agente, extiende la punibilidad, bajo el título de tentativa (relativamente inidónea por lo general), a los hechos que no deben formar parte del concepto jurídico de tentativa" (107). Admitir esto, repitámoslo, significaría ir contra la letra y el sentido de la ley nacional.

**c) Causas que determinan la no consumación:**

La no producción del resultado es consecuencia de circunstancias accidentales; no dependientes de la voluntad del agente. A diferencia de lo que sucede en algunos casos de la tentativa acabada o inacabada (108), las circunstancias accidentales en el caso del delito imposible consisten en que los medios empleados por el delincuente o el objeto contra el que dirige su acción son de naturaleza tal

que la realización de este delito es absolutamente imposible. Por esto sería mejor no referirse a estas circunstancias como "accidentales", ya que su presencia hace de la acción desplegada una empresa "congenitalmente" inadecuada para consumir la infracción.

Si no se precisa lo que acabamos de señalar, se puede producir una confusión en la explicación de lo que es "el delito imposible". Esto le sucede a **Roy Freyre** cuando afirma que "el sujeto ha desarrollado toda la actividad que ha estado en su mano realizar para consumir el hecho delictuoso. Ha cumplido, continúa **Roy Freyre**, Todo el *iter criminis* (sic), ha efectuado todos los actos que estaban a su alcance para obtener el fin perseguido. Ha habido intención criminal y si los hechos no se han producido como él quería, estamos ante un delito frustrado por circunstancias ajenas a su voluntad, por inidoneidad de los medios empleados o porque el delito es imposible en sí" (109). Esta descripción comprende al delito frustrado, con el cual el delito imposible coincide parcialmente (110).

La impropiedad de la exposición de **Roy Freyre** se nota mejor cuando concluye diciendo que se considera "tentativa de delito imposible" cuando "el sujeto cumple una actividad criminosa, comete todos los actos que él quiere y puede cometer, pero el delito no se lleva a cabo por circunstancias ajenas a su voluntad" (111). Es más, esta definición no es otra que la del delito frustrado contenida en el art. 97, párrafo 20., C.P.

#### **d) Imposibilidad absoluta y relativa:**

El legislador al referirse a la realización absolutamente imposible, presupone la existencia de otros casos, en los cuales la no-consumación de la infracción es "relativamente imposible". Se dice que la imposibilidad es absoluta cuando la acción es en sí misma incapaz, en razón a la naturaleza de los medios o del objeto, de culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (inidoneidad del medio) o practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (inidoneidad del objeto).

Así, la imposibilidad es calificada de relativa, cuando realizada la acción en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios, la producción del resultado sería factible. Por ejemplo, el empleo de una cantidad insuficiente de veneno (inidoneidad del medio), el disparar contra el lecho donde reposaba la víctima, y del cual se había alejado (inidoneidad del objeto).

El art. 99 es de aplicación a los casos de imposibilidad absoluta. Y los casos de imposibilidad relativa serán reprimidos, según las circunstancias, a título de tentativa (stricto sensu) o de delito frustrado (112).

La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa ha sido criticada fuertemente en doctrina. Quienes la practicaron por primera vez fueron los defensores de la antigua concepción objetiva (**Feuerbach, Mittermaier, Abegg y Berner**); Según ellos, punible sólo es la tentativa peligrosa; y, la peligrosidad debería ser determinada por el juez (ex post). Para ellos, únicamente los casos de imposibilidad relativa constituían un peligro para el bien jurídico, y sólo éstos deberían ser reprimidos. Por el contrario, la imposibilidad absoluta no era peligrosa, ya que el delito no podría ejecutarse en ningún caso, y menos podría ser empezada su ejecución (113). Es evidente que nuestro legislador no ha aceptado este criterio; tampoco sigue el de los sostenedores de la nueva teoría objetiva (**Liszt, Brikmeyer, v. Lilienthal, v. Hippel**), conforme a la cual la peligrosidad no se debe establecer "ex post" sino "ex ante". Lo que significa que el juez debe apreciar la acción en el momento del acto y comprobar si el resultado era posible. Nuestro legislador, no tiene en cuenta la peligrosidad de la acción, sino, en primer lugar, la de la voluntad criminal del agente. Por lo que es conveniente tomar como punto de partida este criterio subjetivo. El factor objetivo de la inidoneidad absoluta de los medios o del objeto, es tomada en consideración para determinar la pena que merece el agente. Pero, en ningún momento para fundamentar la represión.

De manera imprecisa, se establece, en el Proyecto de 1985 (agosto), que la imposibilidad absoluta debe ser originada por la "inidoneidad del medio empleado" (art. 85). De esta manera, se deja de lado la "inidoneidad del objeto". Esto no es muy conforme al principio que declara punibles sólo los actos que lesionan o ponen en peligro el bien tutelado (art. II).

**e) Tentativa irreal o supersticiosa:**

Debido a la amplitud del texto legal, aparece, a primera vista, muy difícil excluir de la represión a los casos extremos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa (el pretender causar la muerte de un tercero recurriendo a medios mágicos) (114).

Con el fin de fundamentar la no represión de la tentativa irreal, se recurre en Alemania a un criterio objetivo. En estos casos, se afirma, no se perturba "la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico", lo que se produciría si se deja impune a quien, de manera seria, se propone un hecho penalmente relevante y a comenzado su ejecución (115).

De acuerdo con **Bacigalupo**, nosotros pensamos que los casos generalmente calificados de tentativa irreal o supersticiosa, no son, en buena cuenta, tentativa, ya que no puede considerarse comenzada la ejecución del delito, "pues según la experiencia general no es parte de la acción típica" (116), el acto realizado por el agente. Por ejemplo, realizar sesiones de magia para hacer que un espíritu haga daño a un tercero (117) o lanzar con una honda piedras contra un avión con el fin de derribarlo. Por no darse un comienzo de la ejecución, en estos casos, no se produce un acto penalmente relevante y, por lo tanto, sin efecto en la comunidad.

El legislador suizo agregó al texto del proyecto de 1918, una referencia al "defecto de inteligencia burdo" con que haya actuado el agente, para no reprimir los casos extremos de delito absolutamente imposible (tentativa irreal o supersticiosa). Lo mismo hizo el legislador argentino y lo ha hecho, parcialmente, el alemán, al reformar últimamente su código (art. 23, n. 3).

**f) Fijación de la pena:**

La explicación sistemática y teleológica que hemos hecho del sistema de punibilidad de la tentativa (lato sensu); nos conduce a sostener que en caso de delito imposible el juez deberá atenuar la pena de delito por debajo del *mínimum legal* (118), ya que si se impone la reducción de la pena de un tercio a la mitad en caso de la tentativa (stricto sensu), forma más grave debido a que la producción del resultado es factible, no puede dejarse abierta la posibilidad de reprimir más severamente la forma menos grave: el "delito absolutamente imposible". Con esta interpretación se evita, además, una violación al principio de la legalidad, que consistiría en no determinar la pena aplicable. El juez podría, teóricamente, imponer desde una pena inferior al *mínimum legal* hasta el *máximum*. En el delito de homicidio, por ejemplo, desde un año de penitenciaría hasta 20 años (119).

**g) Delito imposible y tipo legal:**

Teniendo en cuenta que el legislador ha previsto, expresamente, la represión del delito absolutamente imposible, debemos consecuentemente rechazar (120), el criterio de la accesoriedad del tipo legal, invocado para no reprimir ciertos casos de delito imposible. Fue su principal expositor **Frank** (121), quien afirmó que la ausencia del objeto o del medio requerido en el tipo legal imposibilita la realización de una conducta típica y, en consecuencia, tampoco puede darse una tentativa. Esta quedaría restringida sólo a los casos en que falta en resultado típico (122).

Si el art. 237 define el hurto como el apoderamiento de una cosa ajena, mediante su sustracción, el acto de apoderarse de una cosa propia creyendo que es ajena, no sería calificado de "delito imposible" (objeto inidóneo), sino se tendría que afirmar su atipicidad y por tanto su impunidad; y no existiría tentativa; tesis que es inaceptable en el marco de nuestra ley. En ésta, se ha regulado la tentativa como la no producción del resultado delictuoso, debido a la ausencia de uno de los elementos objetivos del tipo legal. Esto sucede, justamente, en los casos de imposibilidad (123). Su admisión, por último, no concuerda con el criterio subjetivo tomado como punto de partida por nuestro legislador.

**h) Jurisprudencia:**

En la jurisprudencia de la Corte Suprema no nos ha sido posible encontrar resolución alguna que trate un caso de delito imposible. De manera confusa se planteó el problema en el proceso que

culminó con la Ejecutoria del 30 de setiembre de 1943 (124) y en el que se juzgó a X por el hecho de haber otorgado dinero a dos individuos con el fin de falsificar moneda. Estos en realidad habían utilizado esta argucia para estafar a X. El tribunal correccional impuso a X la pena de 6 meses de prisión condicional a título de tentativa de falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo en su dictamen que estaba comprobada la "intervención de X en la pretendida maniobra ilícita, maniobra que no tenía el carácter de imposible con respecto a X que proporcionó los elementos indispensables para la manipulación" (el subrayado es nuestro). La Corte Suprema no sigue, acertadamente, al fiscal en este razonamiento y plantea más bien el problema como una cuestión de participación. Afirma que el acto de X "aunque moralmente reprochable no es punible porque no determina su condición de coautor de la infracción en la comisión de un delito que realmente no se proyecta ejecutar; para que exista jurídicamente requiere el comienzo de la ejecución directa del delito, que en el caso que se juzga no ha ocurrido realmente".

En realidad, de lo que se trata es de una tentativa de participación en la comisión de un delito que realmente no se proyecta ejecutar; pues, los otros dos implicados no se proponen cometer el delito de falsificación de moneda. Tal tentativa de participación no es reprimible porque no se da inicio, por lo menos, a la ejecución de la acción delictuosa. Si esto hubiese sucedido, se tendría que hablar con más propiedad de participación en tentativa de delito de falsificación (125). La acción de X no debe ser juzgada aisladamente, como pretendía hacerlo el fiscal, sino con la de los otros dos que simulaban, realmente, querer realizar la falsificación de moneda.. Considerada en esta perspectiva, la acción de X (entregar dinero para adquirir instrumentos, material, etc.), no reviste sino el carácter de un acto preparatorio, excluido de pena. Desde este punto de vista, adquiere una correcta y completa significación lo sostenido por la Corte Suprema (126).

#### **141. Delito putativo.-**

Del delito imposible se debe diferenciar el llamado delito putativo. Existe éste, cuando el agente comete un acto suponiendo de que se trata de un delito. Es decir, que obra bajo la influencia de un "error de prohibición al contrario" (127). El, aprecia correctamente, las circunstancias de hecho de su acción; pero cree, equivocadamente, que se halla prevista en un tipo legal (realmente no existente). El delito imposible se caracteriza, al contrario, porque el agente actúa suponiendo, erróneamente, un elemento del tipo legal (medio u objeto); pero la acción que el agente se ha propuesto cometer se halla calificada como delito en una disposición legal (128).

Se trata de un delito putativo, cuando el agente mayor de edad, por ejemplo, práctica libremente el acto contra natura con otro mayor de edad, creyendo que la ley penal reprime esta práctica homosexual; o cuando el preso piensa que comete delito, al fugarse sin violencia del centre penitenciario, donde se halla recluso.

La represión del agente en tales casos no procede; pues la aceptación equivocada (129) de que tales conductas son delictuosas (debido a un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no revela una voluntad criminal, y porque sería contrario al principio de legalidad. El carácter delictuoso del acto no puede depender de la opinión personal de los individuos (130).

Un caso particular de delito putativo es el error positivo de subsunción. Tal error está en relación a uno de los elementos del tipo legal. El caos más importante se da en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen cierta calificación; por ejemplo, funcionarios, militares, etc. Este problema es tratado, generalmente, como inidoneidad del sujeto del delito y considerado como un caso de delito imposible (131). Para este criterio no hay cabida en nuestra ley, la que expresa y únicamente se refiere a la inidoneidad del medio y del objeto.

Es correcto tratarlo como un caso de delito putativo, ya que los tipos legales de los delitos especiales propios suponen que el agente es titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de infracciones. Debido a esto, quien cree infringir un deber, al que erróneamente se cree vinculado, comete una acción que realmente no es delictuosa (132). Por el contrario, en el caso de delitos especiales improprios (133), se dará tentativa imposible cuando se trate de un agente que no sea el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, prácticas abortivas a que se somete personalmente la

mujer no embarazada. Aquí, se trata de una especial relación entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa (134).

## **142. Regulación de la pena en caso de tentativa.-**

### **a) Sistemas legales:**

De manera general, se puede clasificar a las legislaciones en tres grandes grupos, con relación a la manera como es castigada la tentativa. En un grupo consideraremos aquellas legislaciones que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiendo al autor la misma pena. Es el caso del Código Penal francés de 1810, que se orienta hacia un criterio puramente objetivo, y busca, en particular, alcanzar un efecto intimidatorio (135). La igualdad en la pena del delito consumado y de la tentativa fue, asimismo, sostenida por los partidarios de la escuela positivista italiana, preocupados fundamentalmente por la peligrosidad del delincuente. La no producción del resultado, muchas veces debido al azar, no modifica en nada, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente. Entre los códigos más recientes, el austríaco estatuye la igualdad en la punición del delito consumado y de la tentativa (136).

El segundo grupo está constituido por aquellas legislaciones en las que, tomándose en cuenta, sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, se estatuye una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (Código belga de 1867, alemán de 1870, italiano de 1889). A este grupo pertenecía nuestro Código derogado, que en su art. 45 ordenaba que al autor de "delito frustrado" se le impondrá la pena del delito consumado disminuida en un grado; y en el art. 47, que el autor de tentativa se le castigará con dicha pena, disminuida en dos grados. En los proyectos de 1877 (arts. 46 y 47) y de 1900-1902 (arts. 49 y 50) se conservó tal sistemática.

En el tercer grupo, consideraremos a las legislaciones que adoptan una solución intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena prevista para el delito consumado, o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (arts. 21 y 22), el alemán (art. 24, pf. 2).

### **b) Legislación nacional:**

El legislador peruano se alejó, al elaborar el Proyecto de 1916, del sistema rígido de atenuación de la pena imperante en el Código de 1863 y en los proyectos de 1877 y 1900-1902. Pero, no incorporó unilateralmente ninguno de los otros dos sistemas, sino que adopta una solución híbrida. Muy probable es que él haya escogido tal vía motivado por el deseo de tener en cuenta, mesuradamente, los factores objetivos y subjetivos de la tentativa, y por su afán de no conceder al juez un poder discrecional tan amplio en la individualización de la pena.

En primer lugar y teniendo en cuenta la gravedad de la pena, nuestro legislador estableció la atenuación obligatoria en caso de tentativa de todos los delitos reprimidos con la pena de internamiento. El art. 70, párrafo 10., del Proyecto de 1916, dice "en los casos en que la ley prescribe la pena de internamiento perpetuo, se sustituirá esta pena por la de penitenciaría o la de relegación de diez a veinte años".

En segundo lugar y considerando tanto el desarrollo logrado por el agente en su acción delictuosa como la naturaleza de la pena (penitenciaría o prisión), facultaba al juez a atenuar la pena, según los antecedentes del culpable, de un tercio a la mitad de la que sea establecida por el delito consumado, cuando el agente ha puesto de su parte todo lo necesario para la completa ejecución del delito, no consumado, cuando el agente ha puesto de su parte todo lo necesario para la completa ejecución del delito, no consumado por causas independientes de su voluntad (artículo 70, pf. 2) y, por último, cuando ordenaba hacer esta misma reducción de la sanción cuando el hecho punible no ha sido ejecutado enteramente, pero se ha comenzado por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución (art. 70, párrafo 2, in fine).

Nuestro legislador conservó en el Código de 1924 el contenido de las reglas del Proyecto de 1916, pero sin cuidar de mantener la claridad que en él había alcanzado. En el párrafo 1o. del art. 97, reproduce casi literalmente, el párrafo 1o. del art. 70 del Proyecto de 1916. Es decir, que según el texto definitivo y original del Código, la atenuación de la pena es obligatoria en los casos en que la pena es de internamiento. Pero, en el párrafo 2 del indicado numeral, el legislador modificó el texto del párrafo 2 del art. 70 del proyecto y lo hizo de la siguiente manera: "en los casos en que la ley prescribe otras penas para el delito consumado (no internamiento), el juez podrá a su criterio aplicarlas en la misma medida para reprimir la tentativa o podrá reducirlas de un tercio a la mitad, según las modalidades del hecho y las condiciones del culpable, cuando éste hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación, no realizada por circunstancias accidentales". De donde tendría que deducirse, si se toma aislada y literalmente esta norma, que el legislador ha estatuido la atenuación facultativa para la tentativa y para el caso en que el agente "hubiera limitado a ordenar esto, fácil habría sido concluir que con el término tentativa se estaba refiriendo a los casos previstos en el párrafo 2, del art. 69 del Proyecto de 1916; es decir, a la realización de "actos exteriores directamente destinados" a la completa ejecución del hecho punible. Lo que significaba que abandono del art. 70, in fine, había adoptado, precisamente, en relación con estos casos.

Sin embargo, nuestro codificador dispone, en el párrafo 3o. del art. 97, que "el juez hará esa misma reducción de pena, cuando el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito"; es decir, que, en estos casos, la atenuación de la pena es obligatoria. Pero, aquí debemos preguntarnos, a qué casos se refiere el legislador: pues, a la "tentativa", se ha referido ya en el párrafo 2o. y, justamente, para disponer lo contrario: la atenuación facultativa. En nuestra opinión, se trata de un error de redacción existente en el párrafo 2o.; porque, como hemos visto, el comienzo de la ejecución del delito comporta, el límite inferior entre la tentativa y los actos preparatorios. El término tentativa esta además en el párrafo 2o. del art. 97, consagrado al denominado "delito frustrado" (137). Por lo que tal disposición debe ser leída de la siguiente manera: "en los casos en que la ley prescribe otras penas para el delito consumado, el juez podrá a su juicio aplicarlas en la misma medida o podrá reducirlas de un tercio a la mitad ... etc". El párrafo 3o., por el contrario, es suficientemente claro y tiene el mismo sentido que la última frase del art. 70 del Proyecto de 1916. Con lo que queda demostrado palmariamente que el sistema incorporado por nuestro legislador no es otro que el del Proyecto de 1916: atenuación obligatoria en todos los casos en que la pena prevista para el delito consumado sea el internamiento; lo mismo, cuando siendo la pena distinta, el agente haya simplemente comenzado la ejecución de la infracción y no haya "puesto de su parte todo lo necesario para la consumación". Y, por último, atenuación facultativa cuando realizado, por parte del agente, todo lo necesario para la consumación, no tiene lugar ésta debido a "circunstancias accidentales".

Otro argumento más a favor de nuestra interpretación, se deduce del análisis de las fuentes legales extranjeras a las que recurrió nuestro legislador. Estimamos que él se inclinó de preferencia, como sucede también en otros aspectos, a la fuente suiza, en la que, precisamente, se establecía la atenuación obligatoria para la simple y la atenuación facultativa para el delito frustrado (*délit manqué*) (138). De esta manera, el codificador nacional se alejó, primero, de la fuente argentina que disponía la atenuación obligatoria (139); y, en segundo lugar, de la fuente positivista italiana (140). Por todas estas consideraciones, estimamos errónea la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia peruanas han hecho del art. 97 C.P., en el sentido de que la atenuación es facultativa, "o sea la misma pena del delito consumado o rebaja de la pena de un tercio a la mitad", en los delitos en que la pena no es internamiento (141). Como hemos visto anteriormente, admitir este criterio significa, sobre todo, desconocer lo dispuesto en el párrafo 3o. del art. 97 ("el juez hará la misma reducción ...") y no tener en cuenta los trabajos preparatorios a la elaboración del Código (Proyecto de 1916).

Por último, señalamos que nuestra interpretación concuerda con lo expresado por el mismo codificador, que en su exposición de motivos manifiesta, que en su obra: "concilia prudentemente los aspectos subjetivo y objetivo", y que "gradúa la represión considerando el desarrollo que ha adquirido la acción criminal" (142).

Resumiendo, digamos que, en sus diferentes variantes, la tentativa será reprimida como sigue:

1.- Comienza el agente la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios inidóneos o la dirige contra un objeto inidóneo: la pena será atenuada por debajo del *minimum legal* (delito imposible).

2.- Comienza la ejecución, sin que se presente ninguno de estos factores; pero, no realiza todos los actos necesarios para la consumación: la pena será atenuada de un tercio a la mitad (tentativa simple).

3.- Ejecuta el agente de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales; la pena podrá ser la misma que la del delito consumado o disminuida en la proporción antes señalada (delito frustrado).

4.- Desiste espontáneamente el autor de continuar ejecutando su acción; no será castigado por tentativa (desistimiento espontáneo).

5.- La pena será disminuida por debajo del *mínimum* legal, si el delincuente, que ha hecho todo lo necesario para que se consuma la infracción, interviene de "motu proprio" para impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo).

### **c) Consideraciones críticas:**

En los párrafos 2o y 3o. del art. 97, nuestro legislador al fijar la pena que corresponde al autor de delito frustrado y de tentativa (*stricto sensu*), se refiere a las penas establecidas para el delito consumado. El sistema empleado para la fijación de éstas consiste en determinar el marco penal, limitado por un *máximum* y un *mínimum*, dentro del cual el juez ha de escoger la pena que corresponde al autor del delito consumado, en particular (individualización judicial) (143). Este mismo marco ha de tener en cuenta el juez, cuando decida que el agente del delito frustrado merece ser reprimido de la misma manera que el autor del delito consumado. En esta decisión deberán primar las circunstancias concretas del hecho particular. Si por el contrario, decide el juez que procede una reducción de la pena, deberá escoger la pena en un marco cuyo extremo *máximo* se haya sido disminuido, porque esta posibilidad ha sido reservada por el legislador para los casos de arrepentimiento activo y de delito imposible. Así, por ejemplo, en caso de delito frustrado de extorsión (art. 249), el *mínimum* legal será de un año (penitenciaría o prisión) y el *máximo* depende de la reducción que decida practicar el juez. Reducción que podrá ser entre la mitad y el tercio del *máximo* señalado (6 años).

Este sistema de reducción de la pena no es el más correcto. Su inconveniente mayor reside en que no concuerda con el sistema de fijación de la pena, bastante flexible, utilizado en la parte especial del Código (144), además, es demasiado complicado. En el ejemplo que hemos dado, el juez debería, primero, decidir, si hace uso o no de su facultad para no aplicar la escala normal (correspondiente al delito consumado); en segundo lugar, escoger la magnitud de la reducción (factible desde un tercio a la mitad); y, por último, determinar cuál de las penas alternativas previstas conviene aplicar. En la práctica, este sistema es inaplicable. Aunque es difícil controlar cómo nuestros jueces determinan la pena en estos casos, las resoluciones de nuestra Corte Suprema revelan que la reducción de la pena se practica teniendo en cuenta la pena que correspondería al agente en caso que hubiera consumado su infracción (145). Este es el sistema que adoptó, por ejemplo, el legislador argentino en su Código de 1921 y que fue también fuente de nuestro Código. Según el párr. 10. del art. 44 de dicho código "la pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito se disminuirá de un tercio a la mitad".

Esta solución tampoco es satisfactoria, ya que implica el recurrir a una abstracción, fijar una pena para un caso hipotético; lo que debe, sobre todo en derecho penal, evitarse sistemáticamente.

Lo que debió hacer nuestro codificador es fijar expresamente en qué medida las escalas penales deberían ser reducidas. Es decir, generalizar el método empleado con la pena de internamiento, la que debe ser remplazada por penitenciaría de 10 a 20 años. Así lo hizo el legislador suizo, cuyos trabajos preparatorios sirvieron de modelos a nuestro codificador. En el art. 62 del Proyecto helvético de 1918, se dispone que "si el juez considera que la pena debe ser atenuada, impondrá la pena de reclusión no menor de 10 años en lugar de la reclusión a vida; en lugar de la prisión a *mínimum* especialmente determinado, la prisión; en lugar de prisión, la detención o multa". De esta manera, el legislador suizo logró armonizar los diferentes casos en que autorizaba atenuar la sanción y simplificar la sistemática de su ley.

Nuestro legislador, por el contrario, no tuvo presente todas las complicaciones que comportaba establecer un sistema de penas, y en el caso de la tentativa un sistema de reducción de la sanción, que no concordaba con el sistema de escalas penales de la parte especial.

Para terminar con este tema, señalamos que no se ha establecido, expresamente, de qué manera se sancionará la tentativa en caso de la pena de muerte (146). Por su naturaleza, esta pena exige reglas particulares.

1. Al respecto es de recordar la caución de buena conducta, regulada conforme al medlo helvético en el art. 38 del Código Penal, pf. 2. Tanto entre nosotros como en Suiza, no ha sido aplicada esta institución. Ver: **Philippe Graven**, Le cautionnement préventif.

2. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 386; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 22 No. 18.

3. **Germann**, Verbrechen, p. 19.

4. Ver infra No. 139, b.

5. Código Penal, edición oficial, p. 178.

6. Cf. **Germann**, Grundfragen; p. 6. Este autor analiza la ley penal suiza, cuyos proyectos sirvieron de modelo en este punto a nuestro legislador.

7. **Welzel**, Strafrecht, p. 181; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 501; **Wessels**, Strafrechts, A.T., p. 105; **Bacigalupo**, Lineamientos. p. 107.

8. Por ejemplo, **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 494; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 22, No. 3; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 192. Discrepa: **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 607.

9. Strafrecht, A.T., p. 607-608. Entre nosotros, **Bramont** se opone, siguiendo a Novoa **Monreal**, a tal equiparación. Pero los argumentos a que recurre no son convincentes.

10. Ver infra No. 120.

11. Ver noción de dolo eventual, supra No. 119. En Argentina, al doctrina sostiene generalmente, por ejemplo **Núñez**, Manual, p. 258-259, que no es posible la tentativa en caso de dolo eventual, ya que la ley requiere que el agente actúe "con el fin de cometer un acto determinado". **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 107, responde a esto que "la limitación carece de todo fundamento, pues el dolo eventual no constituye un querer 'indeterminado' como deberían concluir quienes sostienen tal posición restrictiva".

12. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 503; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 22, No. 21.

13. Ver infra No. 149, h.

14. In RT 1944, p. 245.

15. E.S. del 15 de diciembre de 1949, in RPJ 1950, p. 339.

16. E.S. del 12 de junio de 1943, p. 170.

17. In **RJP** 1958, p. 1006.

18. Un caso extremo de ejecutoria suprema en la que no se establece claramente porqué infracción se reprime, es la del 21 de abril de 1953, p. 993.



19. El art. 3, pf. 2, del Código derogado, cuyo texto reproduce el pf. 2 del art. 8 del Código penal militar, estatúa: "cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal"; el Proyecto 1900-1902: "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente..." y el Proyecto de 1916: "cuando el hecho punible ... se ha comenzado por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución".
20. En el primero, art. 2 pf. 2, el codificador se refería a "actos exteriores, que conduzcan a su ejecución", y en el segundo, art. 155, a la "ejecución de actos que inequívocamente conducen a su realización".
21. Cf. **Waiblinger**, in FJS No. 1200, p. 2; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 391.
22. Cf. **Germann**, Verbrechem, p. 69; Waiblinger, FJS No. 1200, p. 2.
23. In **RJP** 1948, p. 367.
24. E.S. del 24 de agosto de 1953, in **RJP** 1954, p. 104.
25. E.S. del 20 de agosto de 1970, in **RJP** 1971, p. 264.
26. Kommentar, Art. 43 No. II-2.
27. Ver: **Blei**, Strafrecht, A.T., p 197-198.
28. **Maurach**, Strafrecht, A.T. p. 498; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 197-198; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 22, No. 31.
29. Ver: **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 22, No. 31; **Welzel**, Strafrecht, p. 184; **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 195.
30. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 392; **Welzel**, Strafrecht, p. 183.
31. El art. 22 de este Código estatuye: "Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt".
32. Cf. **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 614; **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 106; **Córdoba Roda - Rodríguez Morullo**, Comentarios, p. 112.
33. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 488; **Soler**, Derecho argentino, T. II, p. 214-214; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 611 y 615.
34. Este criterio predomina en jurisprudencia y doctrina suizas, ver: **Germann**, Verbrechen, p. 191; **Waiblinger**, in ZStW 69 (1957) p. 214; **Schultz**, Einführung T.I, p. 211. En Alemania, lo defendió **Bockelmann**, in Strafrechtliche Untersuchungen, p. 146 y 162.
35. Strafrecht, A. T., p. 191.
36. **Bramont**, Código penal, p. 203; **Roy Freyre**, Derecho penal peruano, parte especial, T.I, p. 54; Peña Cabrera, Derecho penal, parte general, p. 264.
37. Curso, T. II, p. 134.
38. Curso, T. II, p. 134.
39. Código Penal, p. 203 y s.

40. Ver supra No. 133.
41. Ver **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 490; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 22, No. 6.
42. Ver infra No. 139, b.
43. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 22, No. 2; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 389; **Welzel**, Strafrecht, p. 181; **Antolisei**, Manuale, parte generale, p. 366.
44. Ver supra No. 134, b.
45. **Welzel**, Strafrecht, p. 262.
46. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 172.
47. **Bramont**, Código penal, p. 203; **Roy Freyre**, Derecho penal peruano, parte especial, t. I., p. 55; cf. **Peña Cabrera**, Derecho penal, parte general, p. 265.
48. Curso, T. II, p. 135-136.
49. Art. 2, pf. 3: "no se (realiza) por virtud de una causa o accidente extraño a la voluntad del agente".
50. Art. 3, pf. 2: "no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".
51. Ver Proyecto de dicho año, art. 66, pf. 2.
52. Ver infra No. 137 y 138.
53. La confusión existente en nuestro medio se debe a la transposición de explicaciones dogmáticas extranjeras, sin comprobar si su formulación ha sido realizada a partir de una ley semejante a la nuestra.
54. Ver supra No.134, h.
55. Ver supra No. 134, h.
56. E.S. del 4 de octubre de 1972, in BJ, No. 5-7, p. 292. Ver caso parecido en RJP 1968, p. 231. En relación al delito de estafa, ver: AJ 1949, p. 227.
57. E.S. del 9 de mayo de 1963, in RJP 1963, p. 1520.
58. Ver infra No. 89.
59. Cf. **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 104.
60. Strafrecht, A.T., p. 589.
61. **Bettiol**, Diritto penale, parte generale, p. 496.
62. En el fondo la distinción entre tentativa y actos preparatorios coincide con la que en el derecho antiguo se practicaba entre "conatus remotus" y "conatus propinquus". Lo que no significa que los conceptos coincidan.
63. Ver: Código Penal de 1863, art. 4, pf. 2.

64. En el art. 3, último párrafo, del Código penal derogado, se exigía que los agentes celebren "con tal fin dos o más reuniones" y se refería a "algunas personas", sin hacer mención de su número mínimo.

65. Disposición que hace recordar la represión de la confabulación por parte del Código de Justicia Militar y del derogado Código Penal. El Código Penal no la reprime en relación con todo delito y sólo a quien asume el rol director o promotor de la conspiración.

66. Es indudable que se trata, mediante esta fórmula, de reprimir todo acto tendiente a la producción; lo mismo se hace con relación a la comercialización. Este objetivo se encontraba expresamente manifestado en el D.L. 19505 del 22 de agosto de 1972, que preveía como delito de tráfico ilícito de drogas estupefacientes: "el cultivo, producción o cosecha de amapola, hojas de coca y la especie denominada cannabis indica o sativa, cuando se efectúe por particulares con el propósito de obtener estupefacientes" (art. 2, inc. c).

67. Ver infra No. 150, a.

68. **Waiblinger**, FJS No. 1199, p. 4.

69. Art. 260 bis de la ley modificatoria del Código Penal suizo del 9 de octubre de 1981, en vigencia desde el 1o de octubre de 1982.

70. Message concernant la modification du Code pénal; RO 1979-890; ver; **Hurtado**, Revista Judicial.

71. En doctrina predomina este criterio subjetivo; Ver: **Rudolphi**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 188; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 119; **Welzel**, Strafrecht, p. 190-191; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 24, No 28, p. 304; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 408; **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 111.

72. Ver infra No. 137.

73. Ver infra No. 138.

74. Sobre las razones para preferir esta expresión, ver: **Ferri**, Progetto, p. 31.

75. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 201.

76. **Ferri**, Progetto, p. 30.

77. **Merle-Vitu**, Traité, T.I., p. 489.

78. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 24, No. 44.

79. **Rudolphi**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 191; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 215.

80. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 205; **Schoenke-Schroeder**, Art. 24, No. 44; **Hafer**, Lehrbuch, A.T., p. 208.

81. E.S. del 29 de octubre de 1970, in RJP 1971, p. 264.

82. E.S. del 17 de abril de 1937, in RF 1937, p. 309. Nótese sin embargo que el Fiscal en su dictamen, con el cual se declaró conforme la Corte Suprema, se refiere confusamente a que "no ha habido la espontaneidad que exige la ley, o sea el arrepentimiento (sic) consecuencia de un sentimiento de bondad hacia la que pudo ser su víctima".

83. **Rudolphi**, Systematischer, Kommentar, A.T., p. 191.

84. **Rudolphi**, Systmatischer Kommentar, A.T., p. 184; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A. T., p. 624; **Welzel**, Strafrecht, A.T., p. 189.

85. **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 206-207.

86. **Rudolphi**, Systmatischer Kommentar, A.T., p. 185, quien afirma que de esta manera hay una especie de retorno al criterio tradicional. **Ferri**, Progetto, p. 30, afirma que el desistimiento excluye la pena cuando revela que "el delincuente no es peligroso o lo es de manera insignificante, de modo que prevalece la ventaja de no provocar la obstinada prosecución de la actividad criminal".

87. Contra: **Rudolphi**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 185. Este autor sostiene que se trata de un fundamento de inculpabilidad; más exactamente, se refiere a la falta de una culpabilidad penalmente relevante.

88. Ver supra No. 136.

89. Ver: **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 628; **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 114; **Jescheck**, Strafrecht. A.T., p. 409; **Merle-Vitu**, Traité, T.I., p. 492; **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 87.

90. Anteproyecto de 1915, art. 24; Proyecto de 1918, art. 21.

91. Cf. **Schmidhäuser** Strafrecht, A.T., p. 626.

92. Cf. **Bramont**, Código penal, p. 206.

93. Ver supra No. 137.

94. Consultar: La unificación, p. 209.

95. Respecto al "descubrimiento", consultar las reflexiones que hemos formulado anteriormente: supra No. 137.

96. Ver supra No. 137.

97. Ver supra No. 164, a.

98. **Waiblinger**, FJS No. 1201, p. 6; **Germann**, Verbrechen, p. 42.

99. Ver supra No. 134 y 136.

100. **Merle-Vitu**, Traité, T.I., p. 493; ver: **Peña Cabrera**, Derecho penal, parte general, p. 271.

101. Strafrecht, p. 186.

102. Ver supra No. 134, c.

103. Ver supra No. 134, g.

104. Código Penal, p. 209.

105. Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 44.

106. Ver la obra citada en la nota precedente, p. 44, cita 18 y p. 54

107. Curso, T. II, p. 151.

108. Ver supra No. 136.
109. Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 44.
110. La inidoneidad de los medios o del objeto puede revelarse tanto en caso de tentativa acabada como de tentativa inacabada, ver supra No. 136.
111. Derecho penal peruano, parte especial, T.I., p. 44.
112. Ver supra No. 134, i.
113. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 193; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 518; **Welzel**, Strafrecht, p. 186; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 400.
114. Cf. **Haftner**, Lehrbuch, A.T., p. 215.
115. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 400-401; cf. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 512; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 735; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 608; **Welzel**, Strafrecht, p. 186; **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 112.
116. Lineamientos, p. 108.
117. Cosa distinta es hacer uso de sustancias que, por creencias en la magia o brujería, son consideradas venenosas.
118. Cf. **Bramont**, Código penal, p. 211.
119. Por influencia de la concepción positivista, el legislador italiano tuvo muy presente la peligrosidad de quien comete un "delito imposible", y concedió al juez la facultad de imponer al agente una medida de seguridad.
120. Cf. **Haftner**, Lehrbuch, A.T., p. 215.
121. Kommentar, Art. 43, I,
122. Cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 400.
123. Cf. **Waiblinger**, FJS No. 1199, p. 5-6.
124. In RJP 1943, p. 31.
125. Ver infra No. 147, b; 148, f; 150, c.
126. En un caso parecido, la Corte Suprema había anteriormente sancionado al agente por tentativa. Para esto adoptó entonces un criterio extremadamente subjetivo. Ver: E.S. del 30 de setiembre de 1939, in RF 1940, p. 388.
127. Ver supra No. 120.
128. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 196; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 192; **Dreher**, Strafgesetzbuch, p. 103; **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 207; **Haftner**, Lehrbuch, A.T., p. 214; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 402.
129. El error fundamental en que incurre el agente en el delito putativo y su naturaleza han determinado que algunos autores afirmen que se trata de una situación que sólo pertenece al dominio

de la culpabilidad (cf. **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 601) y que su estudio junto a la tentativa es debido sólo a razones didácticas (**Antolisei**, Manuale, p. 389).

130. **Merle-Vitu**, Traité, T.I, p. 497.

131. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 152; **Busch**, Leipziger Kommentar, Art. 43, II, 2, No. 49.

132. Cf. **Bacigalupo**, Lineamientos, p. 109.

133. Ver supra No. 88.

134. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 405.

135. En el Anteproyecto de Código Penal francés, art. 2104, se asimila a la categoría de autor de un delito al autor de una tentativa. Lo que significa igualdad en la represión (art. 3201). Consultar: Avant-projet 1976, p. 46.

136. Código Penal austríaco, art. 5.

137. Ver supra No. 136.

138. Art. 19 del Proyecto de 1918 y art. 22 del Proyecto de 1915. La atenuación facultativa fue impuesta para ambos casos sólo en el texto definitivo del Código federal; ver arts. 21 y 22.

139. Art. 44, pf. 1o. En ella se inspira, sin embargo, para establecer la atenuación obligatoria de los casos sancionados con internamiento y para fijar la escala de la atenuación de un tercio a la mitad. Ver: Código Penal argentino de 1921, art. 44, pf. 1 y s.; Proyecto de 1906, art. 47, pf. 10, in Concordancias del Proyecto de Código Penal de 1917, T. 5, a cargo de **Juan P. Ramos**, Buenos Aires 1921, p. 260.

140. El art. 16, ab initio, del Proyecto Ferri (1921) estatuyó la atenuación facultativa general. Sin embargo, nuestro legislador tomó de esta disposición las expresiones: "según las modalidades del hecho y las condiciones del culpable" ("secondo le modalite del fatto e dell'azione slegata") y "circunstancias accidentales" ("circontanze accidentali"), para la elaboración del párrafo 2 del art. 97. En el Proyecto de 1916 (Perú), se hablaba de "los antecedentes del culpable" (art. 70, inc. 1); esta última ya utilizada en el art. 3 del Código derogado.

141. Ver: **Bramont**, Código Penal, p. 208. La Corte Suprema acepta este criterio, cuando se declara conforme con el dictamen fiscal, en el que se afirma que "en la tentativa hay de imponer una pena que tenga relación con la que se le hubiere impuesto si el delito se hubiera consumado. Por otra parte, la reducción es facultativa conforme el art. 97". E.S. del 11 de enero de 1946, in RT 1947, p. 25.

142. Código Penal, edición oficial, p. 178.

143. Ver supra No. 134, h.

144. Ver infra No. 30, f.

145. Ver E.S. citada en la nota 141.

146. De acuerdo con la Constitución, art. 235, el único delito reprimible con esta pena es el de traición a la patria en caso de guerra exterior.

## 2. Participación delictiva

### 143. Introducción.-

En principio el legislador parte de que las conductas descritas en los tipos legales son ejecutados de manera individual. Esto es desprende del hecho que utilice la expresión: el que hiciere tal cosa será reprimido con tal pena. Aun en los casos en que recurre a una fórmula en plural, está pensando en que se trata de la comisión individual de la acción delictuosa. En el Código de Justicia Militar, se emplea con frecuencia la expresión los que, en relación al agente de la infracción (p. ej., arts. 94, 115, 249).

En algunos casos, el legislador establece, por la naturaleza de la conducta a reprimir, el concurso de dos o más personas. Como por ejemplo, en el delito de duelo (art. 171, "los que se batieron...": es decir, los dos combatientes), en el delito de riña (art. 169, ya que para que se dl esta infracción es necesario el concurso de 3 ó más personas), en el adulterio (art. 212, en esta disposición el legislador equivocadamente se refiere al cónyuge y a su cómplice) y en el de amotinamiento de detenidos (art. 336, "Los detenidos o personas interesadas..., que se amotinaron..."). En el Código de Justicia Militar, cabe señalar el delito de sedición (art. 108, consistente en "confabularse y alzarse tumultuariamente en guarnición, en campaña o frente al enemigo...") (1).

Sobre esta parte de nuestra disciplina podemos repetir con **Kantorowics** que "es el capítulo más oscuro y complicado de la ciencia penal" (2).

Fuera de estos casos, los demás delitos pueden y son, frecuentemente, cometidos por varias personas en conjunto. La regulación de las formas de intervención y de la responsabilidad de cada una de las personas, ha sido establecida por nuestro legislador en el título XII del libro primero de nuestro Código Penal, bajo la denominación de Participación en hechos punibles; y el estudio de los problemas que este fenómeno conlleva, se denomina, en la dogmática penal, teoría de la participación delictiva.

### 144. La participación y sus formas.-

El término participación es empleado en nuestra ley, en un sentido amplio, que incluso comprende a la coautoría. Lo que es conforme a su significado gramatical de tomar parte en una cosa. Pero, no se refiere a la autoría propiamente dicha, en la que justamente no se da un concurso de personas en la comisión del delito. Por esto, no puede afirmarse que el art. 100 de nuestro Código Penal señala, "como formas de participación", a los autores y a los cómplices (3).

El Código de Justicia Militar vigente (art. 13 y sgts). y el Código Penal derogado de 1863 (art. 11 y sgts), se refieren a los autores, pero no lo hacen bajo el rubro de participación, sino de "Delincuentes" y "De los que tienen responsabilidad criminal", respectivamente.

En el Proyecto de 1916, la situación no era tan clara. La fórmula empleada para señalar a los coautores daba pie para creer que en ella se comprendía a los autores individuales (autoría). Esta posibilidad quedaba, sin embargo, descartado, por la designación dada al título en que figuraba tal fórmula: Participación en hechos punibles.

La expresión utilizada por nuestro legislador en el art. 100: "serán reprimidos como autores ...", no debe conducirnos a error. En realidad, no pretende señalar quiénes son autores, sino indicar quiénes de los participantes en la comisión de un hecho punible deben ser castigados como si fueran autores (4).

En el artículo que estudiamos han sido expresamente reguladas cuatro formas de participación: la coautoría ("los que tomaren parte en la ejecución"), la instigación ("los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo"), la complicidad primaria ("los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse") y la complicidad secundaria ("los que de cualquier otro modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible").

Otro es el sistema estatuido, en los arts. 40-46 del Proyecto de 1985 (agosto). Ahora, señalemos sólo que sus autores han creído necesario definir quien es autor y considerar, expresamente, a los coautores como autores y no como partícipes.

#### **145. Fuentes legales de las disposiciones concernientes a la participación.-**

Al elaborar el Proyecto de 1916, el legislador peruano mantuvo gran parte de las disposiciones del Código de 1863, aunque modificó algunas e incorporó otras. Las innovaciones que introdujo son tímidas recepciones del Proyecto argentino de 1906, del Anteproyecto suizo de 1915 y del Código Penal holandés de 1881. La influencia helvética es notoria en la facultad que se concede al juez para atenuar la pena del cómplice (art. 75); y en la regulación sobre las circunstancias y cualidades personales de los coautores y partícipes (art. 77) (5). Estas normas fueron conservadas en el texto definitivo, a la vez que la influencia argentina fue acentuada; haciéndose sobre todo evidente en la manera cómo se describen las diferentes formas de participación (art. 100) (6).

Podemos decir, pues, que con el mantenimiento de algunas normas del Código derogado, y con la incorporación de ciertas disposiciones argentinas, el Código Penal vigente se afilia al sistema español. Esta orientación es, en rigor, más nítida en el Código de Justicia Militar.

La influencia holandesa en el Proyecto de 1916 era clara, primero, en la manera de definir la instigación; mediante la enumeración de los medios que podía utilizar el instigador (art. 72, No. 3) (7). En segundo lugar en la declaración expresa de la no punibilidad de la participación en la comisión de faltas (art. 78) (8). Estas normas fueron incorporadas como tales en el texto definitivo del Código. Por último, se refleja parcialmente esta influencia en la manera de graduar la pena del cómplice (art. 75) (9). El texto del art. 75 del Proyecto de 1916 ha sido reproducido en el art. 102 del Código vigente.

Creemos que el resultado alcanzado por el legislador peruano no es positivo. La diversidad de fuentes utilizadas, sin haberlas coordinado y compulsado cuidadosamente, no podía facilitar la elaboración de una regulación armónica y clara de los problemas que comporta la participación.

En las propuestas de modificaciones del Código vigente presentadas por la Comisión de 1970, no existe ninguna tendiente a mejorar esta situación

#### **146. Maneras de regular la participación.-**

En la legislación y en la doctrina, es posible distinguir dos sistemas fundamentales en el tratamiento de la participación. Ambos sistemas parten del principio de que es necesario, y está justificada desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurren de diferente manera en la comisión del acto delictuoso, cualquiera que haya sido su intervención.

El primero, denominado sistema unitario, consiste en considerar como autores a todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que la intervención de cada uno de ellos sea causa del resultado delictuoso. No interesa distinguir la importancia de cada una de estas intervenciones; esto se tendrá en cuenta sólo en el momento de individualizarse la pena.

Esta concepción, eminentemente causalista, ha sido sobre todo criticada porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad; principio fundamental que perdería su sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuye causalmente a la producción del resultado delictuoso, para sólo más tarde practicar algunas distinciones (10). Además, su aceptación conduciría, se ha dicho, a una ampliación desmedida de la función represiva y, que en la práctica, no se puede evitar hacer distinciones al momento de imponer la pena (11).

Defienden modernamente este sistema: **Roeder, Geerds, Kienapfel** (12). Entre los recientes códigos penales, el austríaco de 1974 lo consagra en su art. 12 (13), continuando de esta manera la orientación ya adoptada por el Código derogado (art. 5) y en el Proyecto de 1964 (14).



El legislador italiano parte igualmente de un criterio causalista y reprime, en principio, con la misma pena a todos los partícipes (15). Este mismo criterio, ha sido consagrado en el art. 59 del Código francés (16).

en Noruega y en Suecia, se ha dejado también de lado la distinción entre autores y partícipes secundarios. Se parte del principio de que todas las personas que intervienen en una infracción deben ser juzgadas de acuerdo a las mismas reglas (17).

El segundo sistema llamado sistema diferenciador, consiste en distinguir las diversas formas de intervención de las personas que cometen conjuntamente un hecho delictuoso. Esta es la orientación tradicional y preponderante, en la doctrina y en la legislación. Sus defensores si bien están de acuerdo en la necesidad y factibilidad de distinguir entre los partícipes, no están de acuerdo sobre el criterio que ha de ser utilizado con tal objeto.

La diversidad de teorías elaboradas y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, prácticamente, clasificarlas de una manera conveniente.

La concepción del criterio unitario ha sido una reacción contra la confusión e incertidumbre reinante en la doctrina y en la jurisprudencia, y, al mismo tiempo, una tentativa de superar los diversos criterios a través de la eliminación o negación del problema.

Como hemos tenido oportunidad de verlo al estudiar las fuentes legales de las disposiciones concernientes del Código Penal, el legislador peruano no ha acogido el criterio unitario. Por el contrario, ha tratado de distinguir expresamente entre los diferentes tipos de participantes. Y, aunque parte de un criterio causalista, admite la factibilidad de distinguir entre las distintas contribuciones de los participantes; lo cual es notorio sobre todo en la manera como caracteriza a los cómplices primarios y secundarios.

La concepción diferenciadora nos parece la correcta, de allí nuestra aprobación por la preferencia de nuestro legislador (el criterio opuesto, nunca ha sido sostenido en nuestro medio, ya sea en la doctrina o en la legislación). La técnica empleada para practicar tal distinción será enjuiciada al momento de analizar cada una de las formas de participación, y, en particular, al estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos cómplices con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significaría la admisión del tratamiento único de todo partícipe y de la inutilidad de realizar una distinción entre ellos.

#### **147. Autoría y participación: criterios diferenciadores.-**

##### **a) Generalidades:**

Antes de estudiar las disposiciones de nuestro Código Penal, creemos conveniente presentar una visión general de la situación en que se encuentra, en la doctrina, el estudio de la participación. En nuestro medio, los estudios sobre ella son caso inexistentes (18), lo que nos obliga a recurrir, inevitablemente, a la doctrina extranjera.

Así, podemos afirmar que los esfuerzos doctrinales realizados se dirigen, en particular, a establecer criterios seguros para diferenciar entre autoría y participación. Estos términos, debemos comprenderlos en el sentido de "ejecutores del hecho delictuoso principal". De esta manera, en Alemania Federal se habla de "Täterschaft" (autoría, comprensiva de autor individual, de coautores y de autor mediato) y de "Teilnahme" (participación stricto sensu, comprensiva de la instigación y de la complicidad) (19).

##### **b) Criterio subjetivo:**

Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad, un grupo de autores ha negado la posibilidad de distinguir objetivamente entre los diversos partícipes. Para ellos, todo el que contribuye causalmente en la comisión de la infracción es considerado como autor; de allí que se denomina a esta corriente: concepto extensivo de autor. La imposibilidad de distinguir

materialmente a los partícipes no los lleva a exigir un tratamiento igual para todos (concepto unitario de autoría) (20); sino que tratan de establecer la distinción recurriendo a un criterio subjetivo. La calidad de autor (coautor, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) está determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión.

Si tuvo un *animus auctoris* será considerado autor (*lato sensu*), aun cuando haya objetivamente contribuido de manera secundaria en la comisión de la infracción. Por el contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) quien haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución haya sido importante o haya realizado la acción típica.

Esta concepción, elaborada por **Kostlin** y llevada a la práctica por **von Buri** (21), impera en la jurisprudencia alemana, si bien es rechazada, por el contrario, por la mayor parte de los juristas; y, diversas críticas le han sido formuladas. Así, se niega la corrección de su criterio básico referente a la equivalencia de las condiciones (22); se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii*, no tienen si realidad psíquica, ni normativa (23). Se afirma que mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar si el agente realiza o no una acción típica (24); lo que contradice el principio de legalidad base del derecho moderno (25).

Con el fin de limitar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar tal clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretizar el contenido de la voluntad del agente.

Se ha recurrido con frecuencia al concepto de interés. El saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en el resultado (26). Junto a este interés, **Baumann** señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su querer dominar el desarrollo del acto. Según él, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" del hecho, sobrepasa el simple querer apoyar su comisión y no puede reconocérsele, a pesar de su desinterés, como un mero participante secundario (27). También, se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), del que depende que se consuma o no la infracción. De modo que el *animus socii* consistiría en "abandonar al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa (28). Estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han tenido resultados satisfactorios, por lo que continúan siendo rechazados doctrinalmente (29).

### **c) Criterio objetivo:**

Aquí, se da la otra cara de la moneda: un grupo de autores parte de la idea de que sí es posible distinguir entre los participantes, teniendo en cuenta si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal o considerando su importancia en el engranaje de la cadena causal. A diferencia de los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente ubican la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Dos subgrupos se distinguen entre ellos. Primero, los que defienden un criterio formal objetiva; y, segundo, quienes sustentan un criterio material-objetivo. De acuerdo con el primero, es autor quien realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo letal; y es partícipe, quien se limita a ayudar o cooperar en la ejecución del acto. Su intervención podría ser considerada como un acto preparatorio o de apoyo a la acción ejecutiva (30).

De conformidad al segundo criterio (material-objetivo), es de partir del concepto restrictivo de autor, expuesto por los secuaces de la teoría formal-objetiva, y superar sus limitaciones recurriendo a un "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". Crean hallar este principio en el "dominio del hecho", que según **Welzel** - promotor principal de esta concepción -, "corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad" (31). **Maurach** lo explica con más claridad diciendo, que por "dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso el suceso típico", y agrega que "también este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho ..." sino "el voluntario moldeado del hecho" (32). Gran parte de sus defensores creen encontrar en este criterio la clave para resolver los problemas de la participación, y estiman que constituye una superación de los puros criterios subjetivo y objetivo (33). Sólo aparentemente, afirma Roxin, existe unanimidad entre los defensores del "dominio del hecho" en cuanto al contenido de esta expresión. Y señalando al mismo

tiempo que, actualmente, casi ningún teórico deja de recurrir de una u otra manera al criterio del "dominio del hecho", sostiene que no existe claridad respecto a lo que debe ser comprendido en detalle mediante esta expresión (34).

Además de la indeterminación del significado de la expresión "dominio del hecho", se ha criticado su inaplicabilidad a ciertos casos de autoría mediata y de participación (stricto sensu). En los primeros, no puede admitirse su existencia por la independencia con que actúa el ejecutor directo; y, en los segundos, tendría que admitirse, porque de acuerdo a las circunstancias, quien es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar, de interrumpir la comisión del hecho punible (35).

Según **Gimbernát**, (36) quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, parecida a la nuestra, el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)" (37).

En la Argentina, la teoría del dominio del hecho ha sido acogida por **Bacigalupo** (38) y por **Tozzini** (39). Y, es criticada por **Genócrates**, jurista que utiliza este seudónimo. **Nuñez y Soler** rechazan esta teoría por considerarla, correctamente, no conforme a la legislación argentina (40).

#### 148. Autoría.-

##### a) *Noción de autor:*

A pesar de que no constituye, propiamente, una parte de la teoría de la participación, es indispensable determinar, en primer lugar, la noción de autor. Esto es debido a su estrecha vinculación con las diversas formas de participación (41).

El legislador peruano no ha señalado en una fórmula general, quiénes son autores. Lo que es correcto, ya que cada una de las disposiciones de la parte especial del Código, es una definición particular del autor (42). Con un criterio diferente, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) han definido al autor. En el art. 40, señalan como autor individual a quien "realiza por sí" el "hecho legalmente descrito". Además, menciona al autor mediato y a los coautores.

La falta de una tal definición y la manera como han sido descritas las acciones delictivas, permiten definir al autor como la persona cuya acción sea subsumible en el tipo legal; quien realiza, pues, todos los elementos de la acción descrita en el precepto de una norma penal, es autor (sea en el caso de consumación o tentativa). Para sancionar su comportamiento, no es necesario que el juez invoque el art. 100 C.P., ab initio. Esto tendría que hacerse, si se admitiese con **Bramont Arias** (43), que la frase "tomar parte en la ejecución" es "el típico concepto causal de autor".

El autor propiamente dicho no "toma parte en la ejecución" del hecho punible, sino que lo ejecuta completamente, con o sin la ayuda de terceros (partícipes stricto sensu). Es decir, que realiza el "todo" (hecho punible) y no sólo una "parte" (44). En Alemania Federal, se ha consagrado legislativamente esta noción de autor. El art. 25, No. 1, ab initio, estatuye que será castigado como autor quien cometa, personalmente, el hecho punible. De Allí que los juristas germanos afirmen que autor es, en primer lugar, quien actúa típicamente de manera completa (45). Para ellos esta noción formal-objetiva es el punto de partida.

El Código de Justicia Militar vigente, en su art. 14, contiene una fórmula parecida a la disposición alemana. Según esta disposición son autores "los que personalmente perpetran el hecho criminal" (46).

A partir de tal concepto de autor, es fácil comprender que el giro lingüístico empleado por nuestro legislador en el art. 100 ("serán reprimidos como autores...") no implica una determinación de quiénes son autores, sino de quiénes, de los partícipes (lato sensu), deben ser reprimidos de la misma manera que los autores. Es decir, conforme a las penas previstas para quienes ejecutan la acción descrita en el tipo legal.

Con los criterios expuestos no es de creer que se pueden resolver todas las dudas que se presentan. Esto es debido a la estructura de muchos de los tipos legales; en especial, de aquellos que describen un resultado causal sin especificar la acción que ha de producirlo. Así, por ejemplo, el art. 261 C.P., establece "el que, intencionalmente, causare un incendio, será reprimido con...". En este caso, autor sería quien actúa de tal manera que su acción sea condición ("causa") del resultado prohibido.

Este tipo de dificultades propias de una concepción formal objetiva deben ser constatadas, tratadas y resueltas mediante la aplicación complementaria de las reglas sobre la participación; en especial, las referentes a la coautoría y a la complicidad primaria. En el caso de los delitos culposos, cuya formulación típica es también causal, y de los delitos omisivos ha de tenerse muy en cuenta su peculiar naturaleza (47).

#### **b) Autor inimputable:**

La existencia de un autor es presupuesto indispensable para la existencia de la participación (stricto sensu). No es posible imaginar esta última sin la presencia de un autor (48). En relación con este problema, algunos autores han hablado de una autoría limitada, que sería la de los inimputables es inculpables, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación (49). Esto se debe a que ellos consideran que el autor propiamente dicho debe a que ellos consideran que el autor propiamente dicho debe cumplir con todos los elementos del delito. Donde la ley penal dice "hecho punible" (50) se lee "delito" (Verbrechen, Vergehen).

En nuestra legislación no tiene mayor relevancia esta distinción, porque el legislador mismo al definir la inimputabilidad dice "El que comete el hecho punible en estado de enfermedad mental..." (art. 85, inc. 1). De modo que también punible"; es decir de un acto típico y antijurídico, no culpable (51).

#### **c) Autoría mediata:**

La realización del tipo legal puede ser llevada a cabo mediante un intermediario, cuya actuación el agente aprovecha o utiliza para alcanzar su fin delictuoso. En estos casos, se habla con cierta imprecisión de "autoría mediata", ya que parece suponer la existencia de un "autor inmediato" que participa (stricto sensu), lo que a su vez implicaría admitir que estamos frente a un caso de participación en sentido amplio. En realidad, se trata de un caso de autoría, en que el agente realiza el tipo legal sirviéndose en un intermediario. Este no es un partícipe (en el sentido técnico); pero, tampoco puede ser calificado de mero "instrumento". Esta expresión, frecuentemente utilizada, hace pensar que sólo se daría la autoría mediata cuando el intermediario fuese un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por esto, se prefiere hablar actualmente de intermediario material (52).

En el Código de Justicia Militar vigente se estatuye que son también autores, "los que deciden su ejecución (del hecho criminal) y lo efectúan por medio de otro" (art. 14). Esta misma fórmula figuraba en el Código Penal derogado (art. 12, No. 2).

El Código Penal común en vigencia no contiene disposición general expresa sobre la forma de autoría que estudiamos. A lo más, es de pensar que ha prescrito un caso singular en el art. 86 (53). Por el contrario, en el Proyecto de 1985 (agosto), se le define diciendo: "que realiza ... sirviéndose de otro" la infracción (art. 40).

En sus resoluciones, la Corte Suprema casi no recurre a la noción de autoría mediata. En la revisión de la resoluciones supremas publicadas, que hemos realizado, no nos ha sido posible encontrar alguna que concierna a esta forma de autoría.

El autor mediato se sirve o se aprovecha del actuar del intermediario material, empleado frente a él la coacción, induciéndolo a error o explotando el error en que incurre, o su incapacidad. De este modo hace que el intermediario realice una acción atípica, tomada, independientemente (que se suicide, por ejemplo), o una acción típica; pero, sin que el agente tenga consciencia de su carácter delictuoso o sin que sea ilícita. Por ejemplo, introducir estupefacientes dentro de un objeto cuyo portador desconoce el verdadero contenido; o hacer que el agente de policía detenga a alguien haciéndole

creer que es un delincuente. De esta manera el agente logra, mediante la actuación del pasajero inadvertido y del policía engañado, realizar el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y el delito contra la libertad individual (art. 222).

En caso de inducción a error, el intermediario material puede ser considerado como agente no doloso; pero, es posible, de acuerdo a las circunstancias particulares, hacerlo responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado en doctrina es el del médico que intencionalmente induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno que ingerida por el enfermo le causa la muerte. En este caso el médico es responsable por homicidio y la enfermera puede serlo por homicidio culposo, si es que incurrió en imprevisión culpable (54).

Un caso particular de autoría mediata, por inculpabilidad del "intermediario material", es el que se presenta cuando éste comete una infracción obedeciendo una "orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones". La no punibilidad que estatuye el inc. 5o. del art. 85 C.P., tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto (55). No se trata, pues, de una causa de justificación. Por esto, merece ser reprimido el que mediante su orden hubiere "determinado" a otro a obrar (art. 86), y debe serlo a título de autor mediato. En ningún caso como instigador, ya que no se dan los elementos de la instigación (56).

En caso de que el autor mediato emplee coacción, también el intermediario es culpable. En todo caso, éste debe actuar aunque sea con voluntad limitada. Si se le ha privado totalmente de ella, mediante fuerza física irresistible, no se puede hablar de autoría mediata. El agente que recurre a este medio es autor directo (57) es un verdadero instrumento en sus manos.

Mientras se aceptó la accesoriedad restringida en la participación (stricto sensu), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable (58) (enfermo mental, niño, etc.), fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata. Hoy en día, se considera muchas veces que se da la instigación, por ejemplo, cuando el niño comprende la significación del acto que se le pide cometer. Esta opinión se fundamenta en la admisión de la noción de "autoría limitada" de la participación (59).

Entre nosotros debe tenerse en cuenta para resolver este problema lo dispuesto en el art. 104 (60).

En la práctica, el tratamiento de estos casos como de autoría mediata o de instigación es de poca importancia por la identidad de tratamiento al que están sometidos. La autoría mediata no puede darse cuando el intermediario material actúa de manera plenamente responsable y dolosamente. En estos casos, se trata de participación.

#### ***d) Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción:***

En doctrina, se ha discutido con frecuencia sobre la posibilidad de que se cometan con autoría mediata, los denominados delitos de propia mano y especiales. La descripción típica de los primeros, exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de adulterio, previsto en el art. 212 C.P., de matrimonio ilegal o bigamia (art. 214); de falso testimonio (art. 334). El juicio de deslavar que funda la represión de este tipo de comportamiento de basa en la manera misma en que son perpetrados. Por lo que se debe pensar que se dé la autoría mediata.

En los denominados "delitos especiales", el círculo de personas que pueden cometerlos se halla limitado, en razón de alguna calidad particular. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez médico, etc. Entre estos delitos especiales, se distinguen los "propios" e "impropios". En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión, en los segundos, tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante. el tipo legal básico en estos últimos, puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata está excluida en los "propios delitos especiales", cuando el agente que se sirve del intermediario carece de la "calidad particular exigida por el tipo legal". Si no es un "funcionario público" no podrá ser considerado como "autor mediato" del delito de abuso de autoridad. Según el art. 337, esta infracción consiste en que un funcionario público ordene o cometa, abusando de sus funciones, un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro. Si el agente no calificado hace (utilizando uno de los recursos con los que se comete autoría mediata) que un

funcionario realice la acción tipificada en esta disposición, no significa que quede impune, por no ser posible de considerarlo autor mediato del delito de abuso de autoridad. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual (61) o como instigador o cómplice del funcionario en el delito de abuso de autoridad.

De lo expuesto, no debe deducirse automáticamente que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Debe tenerse siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. Ya que muchas veces la represión penal no se funda sólo en la calidad del agente, sino también en una "manera de actuar". Por ejemplo, el delito de prevaricato no podrá ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero; ya que éste no puede "dictar resoluciones" (art. 354); la mayor parte de autores sostienen esta solución (62).

En el caso de delitos culposos no es posible la autoría mediata, debido a su misma naturaleza y, también, a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es necesariamente dolosa (63). Los autores alemanes comparten generalmente esta opinión, basándose con frecuencia en que en los delitos culposos falta una voluntad directora del suceso causal (dominio de hecho).

En el momento de la represión, el juez ha de comprobar que en la persona del autor mediato recaigan todas las circunstancias objetivas necesarias. Ha de tener cuidado en la correcta determinación de su culpabilidad, la que puede ser influida por un error o puede no abarcar todo el hecho ilícito realizado por el intermediario material (exceso).

#### **149. Coautoría.-**

##### **a) Introducción:**

Antes de ocuparnos de los casos de coautoría que el legislador ha regulado como forme de "participación en el hecho punible", señalemos una vez más, debido a la persistencia con que jueces y juristas denominan autores a los casos previstos en el art. 100, que sólo deben ser calificados como tales los que ejecutan directamente una acción típica y los que la realizan mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). Mientras que la determinación de los primeros ha sido realizada por el legislador al elaborar cada tipo legal, la de los segundos, es obra de la doctrina.

Cuando el art. 100 C.P., estatuye que se consideran como autores "los que toman parte en la ejecución" del hecho punible, está refiriéndose a los coautores; no al autor (stricto sensu) (64), ya que éste no "toma parte de la ejecución", sino simplemente "efectúa el hecho punible". Está demás, por tanto, criticar esta expresión en razón a que "por sí sola no basta para caracterizar al autor" (65).

Evidentemente, la fórmula legal no es la clave para resolver todos los problemas que se presenten, ya que ella misma debe ser interpretada. Pero, en esta operación, es necesario permanecer dentro de la orientación adoptada por el legislador, sin pretender forzarla a fin de hacerla concordar con alguna concepción doctrinal que le sea extraña.

##### **b) Realización de un acto ejecutivo:**

Cuando el legislador habla de "tomar parte en la ejecución" está exigiendo que se considere como coautores sólo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. Con sus intervenciones pues, los coautores no se limitan a ayudar o cooperar en la ejecución de la infracción, sino que ellos mismo la ejecutan. Por esto, se ha considerado que cada uno de ellos es un autor, y que no sólo debe ser considerado como tal (66). Nosotros preferimos no darles esa calificación que reservamos a los realizadores individuales del tipo legal.

Se considera, en el Proyecto de 1985 (agosto), como autores a los que "realizan conjuntamente" la infracción (art. 40). Es una fórmula muy genérica que podría dar lugar a múltiples dificultades de interpretación; sobre todo en saber qué significan los términos realizar y conjuntamente.

El punto central en el análisis de esta fórmula es determinar lo que debe comprenderse por acto ejecutivo. Aquí deben aplicarse los mismos criterios empleados para distinguir los actos preparatorios de la tentativa ya que ésta ha sido definida por la ley como "comienzo de la ejecución del delito".

Ha de partirse, igualmente, de la acción típica; es decir, la mencionada por el verbo central de la descripción realizada por el legislador de la conducta prohibida. Esto es posible, aun en los casos en que la comisión del delito parece tener lugar instantáneamente, debido a la manera en que el legislador la ha descrito. Por ejemplo, el "atar a otro". En su Ejecutoria del 30 de noviembre de 1960 (67), la Corte Suprema reconoce como "autores", mejor dicho coautores, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera: El primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como no falleciera, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre; ultimándola el tercero de tres machetazos. Es indudable que cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio. En los delitos contra el patrimonio es más frecuente este tipo de casos; así por ejemplo, la apropiación de una considerable suma de dinero por parte de empleados del Jockey Club, realizada mediante acciones individuales y parciales (68). Cada una de ellas constituye una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación ilícita (art. 240).

Junto a estos actos ha de considerarse aquellos que se hallan indisolublemente vinculados con la acción típica, y cuya realización hemos calificado de tentativa, precisamente, de dicho comportamiento (69). De manera que debe tenerse como realizador de un acto ejecutivo a quien ejerce violencia sobre la mujer a fin de que otro la haga sufrir el acto sexual (70), o a quien realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 244, delito de estafa) (71).

La realización de actos de tal naturaleza es suficiente para considerar a su realizador como coautor, y no tratarlo como mero cómplice (72).

En esta clase de delitos no se presenta casi discusión, debido a la estructura del tipo legal en que son previstos. Se trata de los tipos legales compuestos, denominados así, en razón a que hacen referencia a dos o más acciones, de las cuales una es la central y las otras, medios para su realización

Las dificultades surgen en los llamados tipos simples, como el del homicidio (art. 150, "el que intencionalmente matare a otro..."), el de violación de menores (art. 199, "el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 14 años) o el de falsificación de documentos (art. 364, "el que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare un verdadero..."). En estos casos han de considerarse como actos ejecutivos también actos que no caen dentro del tipo legal, ya que de lo contrario tendría que considerarse como tales únicamente a los que constituyen un inicio de la acción típica (causar lesión), por ejemplo, con la intención de matar). Este sentido estrecho lo hemos rechazado al estudiar la tentativa (73). De modo que debe calificarse de coautores a quienes sujetan las extremidades de la víctima a fin de que otro "le torciera" el cuello "hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea" (74).

En todo caso, es de tener muy en cuenta la estructura del tipo legal. Así, por ejemplo, en el caso del delito de rapto de menores, el art. 229 estatuye: "el que sustrajere a un menor para explotarlo, o para obtener rescate o con otro fin ilícito, será reprimido...". Parecería que sólo podría tomarse parte en la ejecución participando en la sustracción del menor (trasladarlo de un lugar a otro). Sin embargo, este delito implica también "el establecimiento, en razón de traslado, de una relación de poder sobre dicha persona" (75), lo que permite sostener que "toma parte en la ejecución" quien mantiene en su poder al raptado. De allí que nos parezca superflua y equívoca la modificación hecha al art. 100, por la Ley 12341 del 10 de junio de 1955, en el sentido de que "en el caso del art. 229 serán, asimismo, reprimidos como autores los que, a sabiendas mantengan al menor secuestrado". Con esto, se demuestra, por parte del legislador, un desconocimiento de los alcances de las reglas sobre participación y de la naturaleza del comportamiento delictuoso que se reprime.

Si se admitiese una interpretación restrictiva de "tomar parte en la ejecución" y se considerase que consiste en realizar un fragmento de la acción típica (indicada por el verbo central del tipo legal), podrían ser considerados los demás actos que se hallan estrechamente vinculados a dicha acción típica como casos de cooperación necesaria, ya que quien ejecuta tales acciones coopera también.

Desde el punto de vista de la represión, tampoco se presentarían dificultades por ser sancionados sus realizadores de la misma manera (como autores).

Teóricamente, creemos acertada la solución que hemos expuesto líneas arriba, porque es conforme a los alcances del texto legal y a las conclusiones a que hemos llegado respecto a la tentativa.

**c) Autoría causal o accesoria:**

La simple realización de actos ejecutivos por parte de varios agentes y que ocasionen un solo resultado prohibido, no es suficiente para que se hable de coautoría.

El concurso de tales acciones puede deberse al azar. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que vierten separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. En doctrina, se denomina a estos casos autoría causal o accesoria. Este concepto no tiene relevancia en dogmática debido a que se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propriadamente dicha) (76).

**d) Intención común de cometer la infracción:**

Para que se dé la coautoría es indispensable que exista entre los que "toman parte en la ejecución" una intención común de realizar una infracción. Es suficiente con frecuencia el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. Muchas veces, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción. Pero, la existencia de esta comunidad de intención no determina, en nuestro derecho, el carácter de coautores de todos los que participan. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones constituyan "actos ejecutivos", en el sentido que hemos explicado anteriormente (77).

Admitir lo contrario, significaría dar por inexistentes las referencias de la ley a la cooperación necesaria y a la mera complicidad. En estas formas de participación existe, casi siempre, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. La aceptación del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quienes son autores tuvo mucha aceptación en España, donde ha sido frecuentemente aplicado en la jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que le combaten; entre ellos, Quintano **Ripollés**, le califica de peligroso y afirma de que su aplicación elimina casi totalmente la complicidad (78).

En Alemania Federal, donde predomina entre los autores la teoría del dominio del hecho, se considera que existe este dominio en la coautoría, cuando cada agente, en base a la decisión de actuar en común, realiza un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante división del trabajo, de una resolución tomada en común. En el asalto de un Banco, en el que el chofer espera con el motor encendido, otro desconecta el sistema de alarma, un tercero cuida la salida un cuarto amenaza con arma de fuego al cajero y un quinto se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, ya que todos actúan cumpliendo los roles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho. Aquí se habla de un dominio de hecho funcional (funktionale Tatherrschaft) (79).

Como ya hemos afirmado, estos criterios no son aplicables en nuestro derecho. El elemento subjetivo de la coautoría, entendimiento común, no puede primar sobre el elemento objetivo, que según el art. 100, ab initio, consiste en "tomar parte en la ejecución" (realizar un acto ejecutivo).

**e) Jurisprudencia:**

La Corte Suprema en su jurisprudencia hace resaltar la importancia del acuerdo entre los agentes, con el objeto de demostrar la existencia de coautoría o para diferenciar igualmente coautores de cómplices (en general). Así en su Ejecutoria del 4 de diciembre de 1934 (80), a pesar de afirmar que "V.N., formaba parte de la banda criminal y, como tal, intervino en el concierto delictuoso", concluye diciendo que "la forma como participó en el acto delictuoso, permaneciendo fuera de la tienda, como simple correo, lo coloca en la condición de cómplice". En este caso, consideró cómplice, igualmente,



al chofer J. R., "que condujo en su automóvil a los delincuentes al lugar del suceso, conociendo su propósito criminal y les esperó para facilitarles la fuga".

Esta manera de observar el aspecto objetivo y subjetivo de la coautoría es también claro cuando dispone que la pena debe ser igual para los dos agentes, "porque su cooperación ha sido simultánea a la realización del delito, sin que pueda distinguir, ni establecer mayor responsabilidad en uno, que otro, ya que los dos lo premeditaron, lo acordaron y lo ejecutaron con actos sucesivos de cooperación inmediata" (81).

Sin embargo, no se puede afirmar que la concepción jurisprudencial sea clara y uniforme. En muchos casos, es difícil discernir el criterio que se ha utilizado, debido a las imprecisiones en que se incurre al amparo del igual trato dado en la ley a las diferentes formas de participación (sentido amplio); A excepción de la complicidad (sentido restringido). Así, por ejemplo, reprime como autores del delito de homicidio a todos los participantes, para lo cual se refiere a que se pusieron previamente de acuerdo; pero, en relación a uno de ellos justifica la penal, diciendo que actuó "de campana", prestó ayuda a sus coacusados y presenció "tranquilamente" cómo éstos daban muerte a la víctima (82). Por la sanción que le impone, no puede afirmarse que lo haya considerado como cómplice. Debido a que ha estimado necesario avanzar razones particulares, es de concluir que no estima que haya realizado "actos ejecutivos". mas parece que lo ha tratado como "cooperador necesario". En todo caso, una cosa es clara: no considera bastante el hecho de que éste haya participado en el concierto de voluntades previo a la ejecución de la infracción, para calificar de "coautor" a este participante.

Sólo un empleo adecuado de los criterios objetivo y subjetivo nos permitirá determinar los casos de coautoría. La negación del carácter decisivo del "acuerdo previo" no debe llevarnos al extremo de admitir que pueda darse coautoría sin acuerdo previo. Esto parece sostener **Gimbernat** al analizar el ejemplo siguiente: "A conoce las intenciones de B de violar a X; para facilitar el delito y sin que B tenga conocimiento de ellos, ata a la mujer fuertemente a la cama, B llega a la habitación...y, no obstante la importante oposición de la mujer, yace con ella". Al respecto, él afirma que "estamos aquí ante un supuesto de pluralidad de delincuentes que han actuado sin acuerdo previo ni de momento" y, luego, se pregunta: "¿Cómo pueden ser conductas de complicidad y no de autoría las de unos sujetos que, en la violación, realizan cada uno con su comportamiento un elemento del tipo? (83).

Si se admite que hay pluralidad de delincuentes y que es de aplicación el art. 14, inc. 1o. del Código español (semejante a nuestro art. 100 ab initio), tendremos que admitir que se da "co-autoría". Por lo que en caso de que B después se desnuda y X sea sorprendido y no pueda hacerla sufrir el acto sexual, tendría que reprimirse a A (quizás también a B) como autor de tentativa de violación; ya que ha realizado un elemento del tipo legal.

No nos parece necesario desfigurar a tal extremo el concepto de coautoría, sobre todo porque existe la posibilidad de incluir, según las circunstancias, los casos de tal naturaleza en la categoría de cooperación necesaria o de la "autoría causal o accesoria"; esto último, en caso de que se trate de la comisión de un tipo legal simple. De presentarse un caso como el dado en ejemplo por **Gimbernat**, nos inclinaríamos, de acuerdo a nuestro derecho, a sancionar a A como "cómplice primario" de B, autor del delito de violación, agravada por encontrarse la mujer en "incapacidad de resistir" (art. 198). Si A no hubiese conocido la intención criminal de B, podría ser condenado sólo como autor de delito contra la libertad individual.

#### **f) Tentativa e instigación en la coautoría:**

Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán reprimidos a título de tentativa, para lo cual es decisivo la comprobación de que existe entre ellos un entendimiento común, y se tendrá en cuenta todos los elementos de hecho presentes para individualizar la represión.

El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue a ponerse en práctica, no puede dar lugar a represión; salvo en los casos en que se trate de un delito independiente. Por ejemplo, el art. 102 del Código de Justicia Militar considera también delito, para los militares, "la conspiración y la proposición para llevar a cabo cualesquiera" de los actos que constituyen delito de

rebelión )El Código Penal derogado preveía, como regla general, la represión de la confabulación, art. 30 pf. 4o.).

Para terminar, no está demás señalar que los coautores pueden actuar instigados por un tercero (84) o ser alguno de ellos un autor mediato.

## 150. Instigación.-

### a) *Noción:*

De acuerdo con el art. 100, pf. 1o., son instigadores "los que intencionalmente decidieran a otro" a cometer un "hecho punible". Es decir, que deben persuadirlo para que tome la decisión de cometerlo. El instigado es, pues, determinado por el instigador para que ejecute una infracción; se le hace tomar la resolución de cometerla. En su proyecto, **Maúrtua** hablaba de "los que maliciosamente determinan al agente a ejecutar el hecho ...(art. 37, inc. 30.) y el Código penal militar vigente se refiere a "los que inducen a cometer el hecho criminal". Las tres fórmulas expresan en el fondo lo mismo, siendo quizás preferible la del Código Penal común (85). En el Proyecto de 1985, se utiliza una fórmula casi igual a la vigente. En lugar de utilizar el verbo decidir para caracterizar la acción del instigador, se recurre al verbo determinar. El cambio no es substancial.

El instigador no realiza la infracción ni "toma parte" en su ejecución. Se limita a ejercer una influencia psicológica sobre otro, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, pues, de un caso de "autoría". Por el contrario, autor es el "instigado" y su presencia es indispensable para que se hable de "instigación". Esta es, en consecuencia, "una forma accesoria de participación" (86).

El denominar al instigador "autor intelectual" (87) o "moral" (88) no es correcto y provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es que la ley dispone que ellos deben ser reprimidos "como autores" (89).

La instigación es, junto con la complicidad, una forma de participación (stricto sensu); es decir, dependiente de la existencia de un autor (90).

### b) *Medios utilizados por el instigador.-*

Los medios por los cuales el instigador logra determinar al instigado pueden ser diversos. **Maúrtua** creyó conveniente, hasta en el proyecto de 1916, enumerarlos expresamente. Probablemente, tomó este criterio del Código Penal holandés de 1881 (art. 47, inc. 20.). De esta manera señaló: las dádivas, las promesas, la violencia y el engaño (art. 72, inc. 3o.). Este sistema es criticable por las confusiones que puede originar; y en particular, hace suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer cometer una infracción, es de admitir necesariamente la existencia de la instigación. Como acertadamente lo ve Maurach, la realidad es distinta y una rigurosa interpretación excluirá la instigación y admitirá la autoría mediata en muchos de esos casos (91).

Es por estas razones, que el legislador germano no ha conservado en el nuevo Código Penal tal enumeración y estatuye que es instigador "quien ha determinado intencionalmente a otro a cometer dolosamente un hecho antijurídico" (art. 26). Hizo bien, por tanto, nuestro legislador al no incorporar en el texto definitivo del Código la disposición proyectada por **Maúrtua**.

Con frecuencia, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivarse de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculen al instigado; también, puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. Pero, en estos casos, debe observarse de que no sean estos medios de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata (92). Si la violencia constituye el empleo de la fuerza física irresistible, se estará ante un caso de autoría directa (propriadamente dicha). En caso de que constituye coacción (causa de inculpabilidad), debe admitirse la autoría mediata; lo mismo, en caso que el agente se aproveche de un error esencial de hecho o de tipo en que se halle el tercero.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, se admite este criterio amplio sobre los medios que puede emplear el instigador. En la Ejecutoria del 2 de enero de 1968 (93), los magistrados supremos se refieren a que "el acusado convenció a su enamorada, para que se sometiera a prácticas abortivas", sin detenerse a analizar en detalle los medios empleados. Del mismo modo, se limita a afirmar, en la Ejecutoria del 26 de agosto de 1947 (94) que la acusada "comprometió" a los ejecutores del homicidio. Por el contrario, en la Ejecutoria del 15 de octubre de 1951 (95), se dice que la acusada "propuso a los circundantes (sic) la eliminación de su conviviente, dándoles detalles sobre la forma de llamarlo a la vez que les ofrecía una suma de dinero por el trabajo..." (96).

**c) Intención del instigador:**

Como lo estatuye expresamente nuestra ley, el instigador debe actuar intencionalmente; es decir, que debe determinar al instigado con conciencia y voluntad. No puede admitirse pues una instigación culposa. El dolo del instigador ha de comprender tanto la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer la infracción, como la realización de ésta. Los alemanes hablan por esto del "doble dolo" del instigador (doppelter Vorsatz) (97).

**d) Instigación de una o más personas:**

La actividad persuasiva del instigador puede dirigirse a una o más personas determinadas; y esto no significa que las conozca o tenga estrechas relaciones con ellas. Los casos más claros de instigación son aquellos en que el instigado es un solo individuo; no obstante, es muy frecuente que el instigador persuada, determine a varias personas para que cometan un delito. Pero, en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que sea posible la acción persuasiva del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones con ellas (98). Si el agente desarrollase su actividad públicamente y ante un número indeterminado de personas, podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "tranquilidad pública" (art. 282, "provocación pública a un delito" o art. 6 del D. Leg 46, delito de incitación al terrorismo).

**e) Casos especiales:**

Es cuanto a la persona del instigador, es de señalar que no es necesario que reúna las características que debe tener el instigado para la comisión de algunas infracciones; por ejemplo, ser funcionario, médico. Es decir que es posible la instigación a un delito especial por un "extraneus". También es factible la instigación a la comisión de un "delito de propia mano" (99).

De acuerdo con la autoría limitada, admitida por nuestro legislador, es de aceptar que, en ciertos casos inimputable y menores sean capaces de ser instigados. Vale decir, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan. A este punto, justamente nos hemos referido, cuando tratamos de la autoría mediata (100).

En la instigación, lo determinante es que el instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Esta resolución criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado inculpable. Se trata de la intención, del "dolo natural" de que hablan los defensores de la teoría psicológica a normativa tradicional sobre la culpabilidad. Una persona que se haya decidido a cometer el delito no puede ser instigada; pero no es necesario que ella sea indiferente u opuesta a su comisión. Puede muy bien tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente (sicario profesional). (101)

**f) Límites de la responsabilidad del instigador:**

El instigador debe orientar su actividad a lograr que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro, etc. No es posible la instigación general a la producción de un "delito cualquiera" o a "comportarse delictuosamente".

De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho que concretamente quiso que cometa el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o comete robo en lugar de simple hurto, como lo había previsto el instigador, este último sólo será reprimido por lo que quiso que se cometa.

Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado, no hace variar la responsabilidad del primero. Entre esas variaciones deben considerarse el *error in objecto*, la *aberratio ictus* o el error in persona (en caso de homicidio, por ejemplo) (102).

En caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable por el resultado más grave, si de acuerdo a las circunstancias, se le puede imputar el resultado muerte a título de culpa (103).

En relación a estos diversos casos, se prevé, en el Proyecto de 1985 (agosto), la siguiente regla: "Si el hecho punible resulta más grave del que se quiso realizar, responden por el resultado sólo quienes lo hayan aceptado como una consecuencia posible de la acción emprendida". La pregunta que surge es si se ha tratado de regular sólo los casos dolosos o también excluir la responsabilidad a título de culpa.

#### **g) Tentativa y consumación en la instigación:**

Mediante la sanción de la instigación, no se pretende reprimir simplemente la persuasión, creación en otra persona de la resolución criminal; es necesario que esta voluntad se manifieste y concrete. Por esto, sólo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo; en este último caso, será reprimido como autor de tentativa de tal delito. De no reprimirse la tentativa, el instigador permanecerá impune (104).

La fórmula utilizada por nuestro legislador para identificar a los instigadores ("los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo"), no expresa suficientemente la necesidad de que el instigado haya materializado, total o parcialmente, la decisión que se le ha inculcado. Parecería que fuera suficiente el acto de decidir a otro a cometer un delito. Lo contrario, debe deducirse, primero, del hecho de que se halla regulada junto a la coautoría ("tomar parte en la ejecución") y a la cooperación necesaria ("auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse"), ambas referidas a la comisión de la infracción; y, segundo, por la pena con que se reprime (igual que en el caso de autoría).

Sobre el particular, la fórmula helvética es más correcta. El art. 24 del Código suizo, pf. 1o., estatuye: "quien haya intencionalmente decidido a otro a cometer un crimen o un delito, si la infracción, ha sido cometida, será reprimido con la pena aplicable al autor de esta infracción". En el pf. 2o., de esta disposición, se establece que "quien hubiera tratado de decidir a una persona a cometer un crimen será sancionado con la pena prevista para la tentativa de esta infracción" (105). En nuestro derecho, no existe una disposición semejante a esta norma suiza; por lo que todos los casos de esta naturaleza que se presenten en nuestro medio quedarán impunes.

La instigación se consuma con la realización de la tentativa (106).

#### **h) Agente provocador:**

En doctrina se discute el caso de quien determina a otro a cometer el delito; Pero, sin querer que lo consuma y sólo con el propósito de que se le detenga como delincuente. Es el llamado agente provocador, y, generalmente, se admite su impunidad en razón a que no quiere que se realice la infracción (107). Actualmente, se tiende a considerar insuficiente dicho criterio, ya que el agente provocador crea un peligro para el bien jurídico protegido.

### **151. Complicidad.-**

#### **a) Noción:**

Coadyuvar o prestar asistencia son términos de significación semejante. La del primero, trata de ser explicada por nuestro legislador mediante la referencia a los medios: "con auxilio o cooperación": No hacen otra cosa los autores del Proyecto de 1985 (agosto), al recurrir al término "auxilio" para regular las formas de la culpabilidad (arts. 42 y 43).

Creemos que esto es redundante, porque tales sustantivos corresponden a verbos que tiene igual acepción. Lo que pretende el legislador al recurrir a estas expresiones, es destacar claramente el grupo de partícipes que contribuyen o ayudan al autor o coautores a la ejecución del acto delictuoso. En consecuencia, podemos definir la complicidad, de acuerdo a nuestra ley y de manera amplia, como el apoyo intencional a un tercero para que realice un comportamiento previsto en un tipo legal.

En el Código Penal derogado (arts. 13 y 15), y en el vigente Código militar (art. 15, 2a. parte y art. 17) se utiliza una terminología parecida para determinar la complicidad. Las diferencias con el Código Penal se dan en las fórmulas empleadas para distinguir entre cómplices primarios y secundarios (108).

A diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo legal, de los coautores que toman parte en la ejecución y del instigador que determina al autor, el cómplice contribuye a la realización del delito mediante actos que no caen dentro del tipo legal, y que tomados independientemente podrían ser, generalmente, calificados de actos preparatorios. La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad (109).

Incurre en error la Corte Suprema, por tanto, cuando considera cómplices a quienes, coaccionados por el agente, amarraron los brazos de la víctima; por haber realizado un acto ejecutivo deben ser considerados coautores y la pena debía serles disminuida por debajo del mínimo legal, en virtud de la eximente incompleta que les favorece (coacción imperfecta) y de acuerdo con el art. 90. Está demás toda referencia a la complicidad y el art. 102 (110). Por el contrario, sostiene un criterio en líneas generales correcto cuando afirma que "la complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la esfera de ejecución del delito y por tales que sin ellos se hubiera producido también el resultado" (111).

La imprecisión señalada en la jurisprudencia del máximo tribunal se debe a que los magistrados no se percataron de que quienes coadyuvan "con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse" el hecho punible, también son cómplices y no autores. También la contribución de estos "cómplices primarios" no es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer. La realización de un acto ejecutivo, repitámoslo, impide la configuración de la complicidad (112).

### ***b) Complicidad técnica e intelectual:***

La contribución del cómplice es siempre causa del resultado (113). Y ella puede consistir ya en un acto material o en la dación de consejos. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y, en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica (114). El facilitar el arma al homicida, el actuar de "campana", el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. Por el contrario, el explicar el funcionamiento del arma o máquina o el proporcionar datos sobre la víctima, son casos de complicidad intelectual. Esta última presupone el conocimiento de parte del autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, intervenir sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre autor y cómplice, constituye una diferencia con la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos adoptado, es siempre necesario que exista un entendimiento común entre todos los que "toman parte en la ejecución" (115).

El que conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice primario en caso de que el autor consuma su acción (116).

### ***c) Momento de la intervención del cómplice:***

El acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios de la infracción hasta su consumación. Esto implica que toda ayuda o contribución brindada al agente antes de que comience a ejecutar el delito ha de ser considerada como complicidad. Puede aun acontecer que el autor en el momento de recibir la ayuda, no esté todavía decidido realmente a pasar a los actos (117).

De otro lado, no debe olvidarse de que la posibilidad de que se dé la complicidad durante la ejecución de la infracción, no implica la comisión de actos ejecutivos de parte del cómplice. Sus actos pueden ser calificados, de ser observados independientemente, como actos preparatorios. Este hecho y el que la complicidad pueda también producirse durante la fase preparatoria de la infracción no debe llevar al error de creer que la diferencia entre coautoría y complicidad reside sólo en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. Durante esta última, también es posible, (no está demás repetirlo). una participación en grado de complicidad. En algunas de sus ejecutorias, la Corte Suprema admite sin dudas esta concepción. Así, por ejemplo, consideró como cómplice a quien presencié la comisión del delito y dio al autor un "palito de tejer" que éste empleó para martirizar a la víctima (118).

En la complicidad tampoco es de aceptar, como en la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) y de delitos de propia mano es posible. En el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice.

En el Proyecto de 1916, el legislador hacía aún referencia al momento en que la complicidad debería tener lugar. En el art. 72, inc. 2, se decía "coadyuvar maliciosamente antes o durante la ejecución" y en el art. 74, prestar asistencia "por actos anteriores o simultáneos". Esta referencia al tiempo de comisión del acto de complicidad en relación con el acto principal, se explica por el afán de distinguirlo con el caso de encubrimiento, previsto en el Código derogado, como una forma de participación y, por el contrario, en dicho proyecto y en el Código vigente, como un *delito sui generis* (art. 243).

El legislador peruano ha hecho bien en no conservar la fórmula del proyecto en este punto. De la definición misma de complicidad, se desprende que no puede ayudarse a la comisión de un hecho que ya ha sido ejecutado. Así lo ha comprendido también la Corte Suprema, que en su Ejecutoria del 22 de julio de 1939, afirma que la coacusada "sólo cooperó a la última fase (ocultar el cadáver) ... de allí que no ha podido prestar intencionalmente, porque no ha existido acuerdo previo, asistencia ... que sería el caso en que pudiera considerarse como cómplice..." (119).

En caso de existir promesa hecha al autor para ayudarlo, por ejemplo, a aprovecharse de los efectos del delito, hacer desaparecer las huellas o escapar de la justicia, la situación es distinta. El cómplice no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo. Aquí estaríamos frente a un caso de complicidad intelectual que bien podría estar en concurso con el delito de encubrimiento real o personal (120). De manera expresa, se dice, en el art. 43 del Proyecto de 1985 (agosto), "aunque ese auxilio se limite a la promesa de ayuda posterior" a la consumación del hecho punible.

#### **d) Intención del cómplice**

Como en el caso de la instigación, el art. 10 estatuye, expresamente, que el cómplice debe coadyuvar o prestar asistencia de manera intencional. Es decir que tampoco cabe una complicidad por negligencia. En caso de que dos o más personas ocasionen la muerte o lesionen a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoría). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que al estallar causan la muerte de alguien, no puede ser calificado de cómplice, ya que el otro no actúa con la intención de cometer una infracción, y porque mediante su ayuda a transportar los explosivos ya incurre en imprevisión culpable, por no haber "hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal" (121).

El cómplice debe actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del comportamiento delictuoso que ha de realizar o realiza el autor. De allí que en dogmática se hable también del doble dolo del cómplice (122).

#### **e) Límites de la responsabilidad del cómplice:**

En el art. 103 C.P., se estatuye que "para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido con intención". Esta regla constituye, en primer lugar, una ratificación del principio "no hay pena sin culpabilidad". Es decir, que se ha de imponer una sanción, en las infracciones dolosas, teniendo en consideración lo que el agente quiso realmente cometer (123).

Al cómplice se le hará responsable únicamente por el hecho en el que quiso cooperar y que tuvo lugar. Esto quiere decir, que si entregó un arma de fuego con la finalidad o en la creencia de que el autor lesione a otro, no se le podrá responsabilizar por la muerte que se produzca. Esta podría ser imputada al autor, según el caso, a título de culpa (homicidio preterintencional).

Sin embargo, el alcance de esta regla no parece sólo limitarse a regular la responsabilidad del cómplice respecto a las consecuencias del acto cometido por el autor, sino que parece tender a determinar la responsabilidad del cómplice por lo que él quiso favorecer, sin tener en cuenta el acto que realmente se comete. Esta amplia interpretación no puede ser admitida, ya que implicaría aceptar la situación absurda de que el cómplice debería ser reprimido por robo, aun cuando el autor cambie de criterio y sólo comete hurto.

Si el cómplice incurre en error o es inducido a éste por el autor, no podrá ser sancionado en realidad por el hecho que el autor realmente comete. Por ejemplo, quien entrega la llave de la casa de X, creyendo que el agente quiere robar, pero, éste, en realidad, tiene la intención de matar y así lo hace, no podrá ser sancionado como cómplice de homicidio por más que objetivamente, su acción pueda ser considerada como una contribución y la ejecución de este delito.

De que el fin perseguido mediante esta disposición sea exculpar al cómplice de las consecuencias que provengan del acto principal, es particularmente notorio cuando se considera su fuente legal. En el art. 49 del Código holandés (pf. 4) al regularse la represión de la complicidad, se estatuye que "al momento de fijar la pena del cómplice, se tendrá en cuenta sólo los actos que el cómplice ha facilitado o favorecido con intención, sin considerar las consecuencias de tales actos". La eliminación, por parte de nuestro legislador, de esta última frase, es causa de la imprecisión que caracteriza al art. 103.

La pregunta que todavía se mantiene vigente en nuestro derecho es si la regla del art. 103, se aplica sólo a la complicidad secundaria o también a la complicidad primaria. Ateniéndonos únicamente al texto de la disposición, parecería que debemos inclinarnos en favor de una aplicación restringida. Pero, si tenemos en cuenta que ambos casos constituyen complicidad y se diferencian por la importancia que adquiere la contribución en el caso particular, creemos preferible comprender en sus alcances a los denominados cómplices primarios. Más aún, cabría preguntarse si no debe también aplicarse a la instigación que es, junto a la complicidad, un caso de participación stricto sensu. De modo que sólo a los autores (comprendidos los autores mediatos) y coautores podría hacerseles responsables por las consecuencias, no queridas pero previsibles, de los actos que ejecutan.

#### **f) Represión de la complicidad, cómplice primario y secundario:**

Para los efectos de la imposición de la pena, el legislador ha distinguido - siguiendo la tradición española y de acuerdo al modelo argentino - entre dos clases de complicidad: primaria y secundaria. Creemos que es preferible evitar denominar a la primera complicidad necesaria; a fin de no crear confusión con los casos de participación necesaria (124). Los autores del Proyecto de 1985 (agosto), no se alejan de este modelo modificando en parte las fórmulas del código vigente.

Esta distinción es una nota característica de nuestro derecho, y ella impide aplicar directamente las concepciones doctrinales elaboradas a partir de otros sistemas legales (125). Al equiparar los cómplices primarios a los autores para los efectos de la pena, nuestro legislador ha trasladado, la importancia práctica de la distinción entre coautores y cómplices a la distinción entre "cómplices primarios y secundarios".

Tenemos que, según el texto del art. 100, los "cómplices primarios" son "los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse" (126). Y, los

cómplices secundarios, son los que de cualquier otro modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible. En el Proyecto de 1916, ya figuraba la fórmula referente a la complicidad primaria (art. 72, inc. 2); pero, en cuanto a la secundaria, se estatuyó de manera general que los actos de asistencia no debían estar comprendidos en el artículo anterior (art. 74).

Un criterio diferente fue utilizado en el Código Penal derogado, que en su art. 13, establecía: "los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho criminal, practicando maliciosamente algún acto, sin el cual no habría podido perpetrarse el delito"; y, en el art. 15; "los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del delito". La fórmula del art. 13 ha sido retomada en el Código militar vigente (art. 15). En cambio la definición de cómplices secundarios es diferente. En el art. 17 del Código militar, se dice "los que cooperan a la perpetración del delito por medios secundarios de los que no depende su ejecución, pero que contribuyen a él, siempre que haya nexo de voluntad entre unos y otros".

Las fórmulas del Código Penal vigente son, sin duda alguna, mejores, aun cuando no puedan ser calificadas de excelentes. Esto depende de la bondad misma del criterio adoptado. Lo menos que podemos decir es que el optimismo de **Pacheco** no puede ser seguido. El jurista español decía: "Quién puede dudar, señores, que indicada esta división, el entendimiento se ve obligado necesariamente a aceptarlo. Es tan obvia y tan interesante a la vez, clasifica de un modo tan justo los actos de concurrencia..." (127).

De acuerdo con las reglas de nuestro Código, el criterio de distinción es fundamentalmente objetivo. Depende de la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho. Y de la determinación de la importancia de tal contribución se realizará mediante un juicio valorativo no sólo en relación a la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular.

Dos extremos deben evitarse. Primero, el recurrir a un criterio hipotético consistente en la supresión in mente del aporte del cómplice y preguntarse qué hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de "condición" del acto de complicidad (128).

Tampoco, puede adoptarse un criterio cronológico en relación al momento consumativo del delito (mediatés e inmediatas) (129), ni a la manera "directa" o "indirecta" con que se lleva a cabo la complicidad (130).

Mediante el juicio valorativo que debe efectuar, el juez ha de concluir afirmando el carácter indispensable o no de contribución del cómplice, para lo cual tendrá en consideración las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa que él tenga que comprobar si no existía un tercero, también dispuesto a prestar la ayuda en que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel. Imponer tal tarea al juez sería exigirle lo imposible (131).

Teóricamente, no se puede llegar a determinar una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se nos revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Citemos por ejemplo, primero, el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Su defensor, Rodríguez Devesa, dice que "circunscritos a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no". En el caso del "campana", concluye este autor, si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria; si son varios, innecesaria. De acuerdo al derecho español y peruano, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único a la acción delictuosa de un agente; sin considerar la importancia de su contribución (132).

Un segundo ejemplo, es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por **Gimbernat**. Según él, es de "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente". Y en éste, siempre según el mismo jurista, "se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios" (133). El "mejor camino a seguir" para determinar la +escasez de los medios" (instrumentos o actos en que consiste la



complicidad), sería "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría en "definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar) (134).

**Gimbernat** da diversos ejemplos para mejor explicar su posición. Tomemos uno solamente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio para el caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas ... dejan de ser una contribución de un bien escaso ... si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas" (135). A esto se podría objetar que entre gente adinerada nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. También se puede criticar que la imprecisión es trasladada a otro nivel, como es el de saber cuánto de dinero debe de tener el autor, "en su cuenta corriente", para estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. **Gimbernat** indica que si el autor tiene 200,000 pesetas, todavía las 200,000 pesetas que se le entregan es un bien escaso para él, por cuanto no puede decir "a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta" (136). Para que no sea escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas". ¿Pero, cuánto "mucho más"?

Además, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que entrega la cosa a un ejecutor que tiene "dificultades" para adquirirla o de su obtención no le representaba un "serio problema", es lo único que decide sobre la mayor o menor responsabilidad" de la conducta del partícipe y lo "único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad" (137). La admisión de este criterio significa un retorno a la concepción subjetiva y al problema de cómo comprobar lo que realmente sabía el partícipe, sin hacer depender la solución de lo que él no diga o sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de **Gimbernat**, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales" (138).

Todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave", no tiene otro fin que limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad, de criterio concedida al juez por el legislador. Este ha sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas sobre el particular. Cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones con la realidad, de modo que no quede sino estatuir reglas generales. Esta técnica ha sido igualmente preferida por el legislador al redactar las disposiciones de la parte especial; recuerde tan sólo el caso de los elementos normativos del tipo legal.

Repitamos, para terminar con esta parte, que la distinción entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Importancia que no se deduce de la naturaleza misma de tal contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular. Una correcta apreciación de tal importancia, implicaría llegar al convencimiento de que el aporte ha sido imprescindible para el autor. Lo que, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.

### **g) Fijación de la pena para los cómplice:**

Los cómplices primarios son reprimidos, de acuerdo al art. 100, pf. 1o., como si fueran autores. Esto es, que el juez individualizará la pena dentro de los márgenes penales señalados en las disposiciones de la parte especial; la importancia de la contribución del cómplice justifica este tratamiento. En la jurisprudencia de la Corte Suprema no se encuentra una referencia expresa a los cómplices primarios, en razón a que se les califica en general como autores. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria del 25 de agosto de 1960 (139), se considera autora a la persona que "cooperó directamente a la realización del hecho, dando aviso a sus coacusados, conduciéndolos al lugar del suceso y proporcionando una piedra para la perpetración del acto punible". Sin embargo, teóricamente, no puede ser considerada autora o autor (mejor dicho coautor) al que comete tales actos, pues, no constituyen actos ejecutivos del delito ("tomar parte en la ejecución"). Se trata, en realidad, de un cómplice primario.

La equiparidad de esta clase de complicidad a la autoría para los efectos de la pena se da, igualmente, en códigos en los que no se contempla la complicidad primaria. Por ejemplo, en el Código Penal suizo, se dispone que la "pena podrá ser atenuada en relación a quien hubiera

intencionalmente prestado asistencia para cometer un crimen o un delito". De allí, se deduce que se reprimirá al cómplice como autor cuando su contribución sea importante, de acuerdo a las circunstancias del caso particular (140).

El cómplice secundario podrá ser sancionado, de acuerdo al art. 102, pf. 10., con la pena que se "imponga el autor del hecho punible" disminuida "hasta en una tercera parte". Si tal pena fuere la de internamiento, la del cómplice "será la de penitenciaría no menor de doce años".

De acuerdo con el texto del párrafo primero, el juez estaría facultado para imponer al "cómplice secundario" una pena equivalente a la del autor; es decir, que le da la posibilidad de reprimirlos "como autores". Lo que supondría la posibilidad de distinguir aún entre los "cómplices secundarios". ¿Pero, de acuerdo a qué criterio habría de hacer tal distinción?. No creemos que esto sea, en caso de ser posible practicarlo, correcto desde el punto de vista de la política criminal. Tampoco es de pensar que nuestro legislador ha querido admitir el "concepto unitario de sanción" (141), ya que en el pf. 2o. del art. 102, estatuye un caso de atenuación obligatoria (142).

Consideramos que estamos ante un involuntario error legislativo, debido al empleo indiscriminado de diversas fuentes legales. El reconocimiento de tal facultad, concedida al juez en relación a la represión del cómplice, es factible sólo cuando no se distingue expresamente entre cómplices primarios y secundarios; por lo que es necesario dar al juez los medios para tratar los casos más graves con mayor severidad. Como hemos visto, así lo hizo el legislador aunque limitadamente, en el dominio de la participación. Justamente, creemos que reconoció al juez el poder de imponer al cómplice secundario la pena que correspondería al autor, por influencia de dichos proyectos. Pero al hacerlo no se percató de que tal regla no concordaba con el sistema de ascendencia española, que conservaba en el Código para regular la participación. En éste, precisamente la posibilidad de reprimir ciertos cómplices como si fueran autores está dada por la distinción que hace entre complicidad primaria y secundaria. Esta última siempre debe ser reprimida en forma atenuada, y en este sentido debe ser interpretada la disposición que comentamos.

Otra imprecisión de la disposición peruana que analizamos, es de que en ella se estatuye como base para la determinación de la pena del cómplice la que se "imponga al autor del hecho punible". Al respecto, es de tener en cuenta las observaciones que formulamos al analizar la "accesoriedad de la participación" (stricto sensu) (143).

### **152. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes.-**

La distinción entre cómplices primarios y secundarios y aun entre cómplices y autores pierde significación en razón a ciertas disposiciones dictadas por el mismo legislador. Diversos son los ejemplos que podemos ofrecer, limitémonos sólo a algunos: al modificar el art. 239 que prevé el delito de robo, nuestro legislador estatuyó que "todos los que participen en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente o una situación que precise socorro, sufrirán la pena de internamiento" (144). Esta agravante ha sido derogada mediante el art. 3 del D. Leg. 121. Sin embargo, se ha mantenido la circunstancia de cometer el robo "por dos o más autores". Esta expresión debe ser trata de coautores. La participación de un cómplice no es suficiente. Admitir el criterio contrario, implicaría aceptar el sistema unitario de autoría, rechazado por nuestro legislador. Lo mismo debe decirse en relación con lo dispuesto en el art. 8 del mismo D.L. 19910, según el cual, en el caso de los delitos de "ataque a miembros de las Fuerzas Policiales", robo y asesinato, "cuando no constare quienes practicaron las acciones o quién causó individualmente la muerte, se tendrá por autores a todos los protagonistas del hecho delictuoso". Esta ficción comporta dejar de lado la determinación del grado de participación y, además, constituye una violación del principio "no hay pena sin culpabilidad"; en la medida que no cumple su papel de fundamento de la individualización de la pena.

A veces, la necesidad de distinguir entre los partícipes es eliminada por la calidad personal de quien colaboró. Así, en relación a los delitos contra la libertad y el honor sexuales y los delitos de corrupción, el art. 211 C.P., estatuye que "los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperaren a la perpetración de tales delitos, serán reprimidos con la pena de los autores".

En algunos casos la naturaleza del delito ha determinado al legislador a aceptar, prácticamente, el sistema unitario de autoría con la finalidad de hacer más efectiva la represión y evitar, al momento del juzgamiento, los problemas de prueba sobre el grado de participación. Así, el art. 62 del D. Leg 122 dispone que "no rige para los cómplices del delito de tráfico ilícito de drogas la atenuante establecida en el art. 102 del Código Penal". Es decir que los "cómplices secundarios" deben también ser reprimidos como autores, lo que significa que todo partícipe, en esta clase de delitos, será considerado autor.

En otros casos es debido a que las formas de participación en un delito particular son elevadas a la categoría del delito *sui generis*. Así en el art. 85 del Código Penal Militar derogado, se disponía que "el hecho de acoger, ocultar, dar albergue o favorecer de cualquier forma a un espía, a sabiendas, hará responsables a quien lo ejecute, del delito de espionaje y será reprimido con la misma pena que corresponde al espía". Lo mismo se puede decir en relación al delito de defraudación de rentas de aduana, previsto en el art. 2 de la Ley 16185. disposición que establece que constituye delito "toda acción o omisión que facilite eludir el pago de parte o de todos los impuestos y tasas de aduana, aplicables a la importación o exportación de mercancía en general, dentro de los procedimientos legales o reglamentarios establecidos para determinar la deuda impositiva".

En muchos casos este tipo de recurso significa una simplificación, por eliminación, de los problemas que implica la distinción entre las diferentes formas de participación; pero, también comporta una ampliación y acentuación de la función represiva. Y ello es evidente en el caso del delito de espionaje, antes citado, y en el que se utiliza la fórmula tan amplia de: "favorecer de cualquier forma a un espía". No son diferentes los casos previstos en los arts. 3 y 4 del D. Leg 46, en los que se sanciona independientemente, primero, a quien, "a sabiendas de que favorece la realización de actos de terrorismo, fabrique, adquiera, sustraiga, almacene o suministre armas de fuego ..."; y, segundo, a quien, "para fines de terrorismo, proporcionare dinero, bienes, armas, municiones u otras sustancias destructivas...". La descripción tan genérica de estos actos y la amplitud de la regulación básica del delito de terrorismo, han hecho casi superflua la declarativa de inaplicabilidad de las reglas de la participación, como se hizo en relación con el tráfico de drogas.

Las imprecisiones de que adolecen las reglas de nuestro Código sobre participación y la falta de una explicación coherente de parte de la doctrina penal nacional, se refleja en las leyes complementarias (145) y en la jurisprudencia.

En la Ejecutora suprema del 10 de enero de 1944 (146), se reprime como autor al padre que entrega su menor hija de 15 años para que conviva con su coacusado y a éste por haber practicado el acto sexual con la menor. En esta resolución está claro que el padre es reprimido por lo que hizo, mas no se establece a título de qué se le impone la pena ni en base a qué disposición. De la simple lectura, parecería que se le considera como coautor. Este tratamiento se justifica por lo dispuesto en el art. 211, pero el no señalar esta razón, si bien no crea dificultades en la práctica, es fuente de confusión para la interpretación y aplicación de las reglas consagradas a la participación.

### **153. Accesoriedad de la participación (stricto sensu).-**

Esta accesoriedad presupone la existencia de un hecho principal, sin cuya presencia no puede haber participación; ya que participación es tomar parte "en algo" (147). De allí que sea correcto afirmar que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia" (148).

El carácter antijurídico de los actos de participación no procede de su misma naturaleza, sino que se deriva del contenido ilícito del hecho principal (149). El partícipe (instigador y cómplice) no atenta directamente contra la integridad del bien jurídico protegido, sino que lo hace a través del comportamiento del autor. Por esto, él no será reprimido sino en los casos en que el acto principal haya sido ejecutado o, al menos, que el autor haya comenzado su ejecución (tentativa). Así, el Proyecto de 1985 (agosto) dispone que "los partícipes son punibles desde que se ha iniciado la ejecución del hecho punible".

El acto principal, al que se haya vinculado la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito en la ley. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción atípica, deberá hacer de ella un delito independiente. Así lo hace, por ejemplo, en caso de la

instigación o ayuda al suicidio (art. 157). Pero, aun aquí la actividad de participación se refiere al acto de otro (suicidio) y la represión depende de si este acto "se consumado o intentado" (art. 157).

Esta dependencia de la participación al hecho principal se halla manifiesta en las reglas de nuestro Código. Según el art. 100, instigación es decidir a otro a cometer un hecho punible; complicidad es coadyuvar o prestar asistencia a otro para que cometa el hecho punible. Dependencia que no se da en el caso de la coautoría, en la que es preferible habla de interdependencia de las acciones equivalentes de los agentes. Sus acciones constituyen "partes" de la ejecución" (art. 100, ab initio); aquí ellos no actúan en relación a un acto ajeno, sino que realizan el suyo propio.

El primer problema que se presenta en el análisis de esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o "el hecho punible", como dice nuestro legislador.

De la significación que se le reconozca dependerá los alcances de la accesoriedad. Así, tenemos que algunos sostienen que es necesaria la dación de una acción típica, antijurídica y culpable. Ni más ni menos que el agente debe cometer un delito; de donde se deriva que para que sea el partícipe reprimido como instigador o cómplice, el agente del acto principal debería ser punible. A esta manera de comprender la relación de dependencia, se le denomina "accesoriedad rígida". En Alemania Federal, prevaleció este criterio hasta 1943 (150). No obstante, en su vecina Suiza, el Tribunal federal sostiene aún este criterio en su jurisprudencia, al exigir la punibilidad del autor principal. Basa su criterio en el hecho de que la ley suiza habla de "crimen o delito" (151).

Cuando el legislador peruano establece como base para fijar la pena del cómplice la que se "imponga al autor del hecho punible", parece estar afiliándose al concepto de "accesoriedad rígida". Si el autor no ha actuado típica, antijurídica y culpablemente, no podrá imponérsele pena, y, por tanto, tampoco sería factible hacerlo en relación al cómplice. La admisión de esta interpretación literal del art. 102, nos conduciría a aceptar, en consecuencia, que tampoco procedería reprimir al cómplice si el autor no es habido, y a pesar de que se compruebe tanto la comisión del acto principal como la manera en que actuó el partícipe. De otro lado, en caso de que el autor sea declarado inculpable (por haber actuado coaccionado), también debería favorecerse al partícipe con una declaración de impunidad. Los partidarios de tal interpretación podrían creer encontrar una confirmación de su punto de vista en el hecho de que el legislador ha creído necesario declarar que la impunidad de los agentes de delitos contra el patrimonio, basada en el vínculo parental que los une a la víctima, no es aplicable "a los extraños que participen" (art. 260 in fine).

Sin embargo, esto significaría una contradicción con lo dispuesto en el art. 104 del mismo Código; disposición que estatuye que "las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible". Este criterio es limitado en el Proyecto de 1985 (agosto). En su art. 45, se dice que "no se comunican las circunstancias ni las condiciones de carácter personal, salvo cuando son elementos del hecho punible".

El art. 104 C.P. es de franca y clara raigambre helvética (152), contiene el criterio denominado de la "accesoriedad limitada". Conforme al cual, el partícipe es punible cuando el autor principal actúa típica y antijurídicamente, aunque no actúe culpablemente. Este es el criterio predominante, hoy en día, en la doctrina, aun en la suiza en donde la jurisprudencia mantiene el criterio opuesto y tradicional (153).

En Alemania Federal, se sostiene, por influencia de la concepción finalista, que encontrándose el dolo en el núcleo del tipo, la acción del autor debe ser dolosa (154). En este caso, recuérdese, que dolo no significa culpabilidad, juicio de reproche. De allí que se dé una coincidencia con los defensores de la tesis del dolo como una especie de la culpabilidad. Estos no exigen en la participación "la culpabilidad en el autor principal, para que pueda ser penado el instigador o el cómplice, sino tan sólo que haya obrado con el elemento meramente psicológico de la intención, y no (reclaman) la existencia del dolus" (155), el cual, según ellos, no es una mera noción psicológica sino normativa.

Sólo en caso de que el comportamiento del autor principal no sea antijurídico, por existir una causa de justificación, no será posible reprimir al partícipe; ya que como lo hemos dicho, la ilicitud del acto del partícipe deriva de la del acto principal. Habrá tan sólo que tener en cuenta que el cómplice no

haya creado las condiciones para que el agente se considere autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima. De suceder esto, estaríamos ante un caso de "autoría mediata" (156).

#### **154. Circunstancias materiales y personales.-**

En nuestro derecho debemos, como lo hemos dicho anteriormente, admitir la "accesoriedad limitada". Esto significa de que comprobada la comisión del "hecho punible" (acción típica y antijurídica) por parte del autor y la realización del acto de complicidad e instigación, por el partícipe, el juez deberá individualizar la pena para cada uno de ellos. Es decir, deberá sopesar todas las circunstancias materiales y personales en que autor y partícipe han actuado.

Ahora, es conveniente que nos detengamos en el estudio del art. 104, que regula las "circunstancias y cualidades personales". Esta disposición consagra la incomunicabilidad de tales circunstancias entre los partícipes, en el hecho punible. La penalidad de éstos no podrá ser influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia en otro de los partícipes de una circunstancia o calidad personal.

La primera observación que se puede hacer, consiste en que el texto de la ley se refiere a "circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno". Vale decir, que no comprende a aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tan infracción. Se pueden dar como ejemplos de "circunstancias o cualidades personales" a la reincidencia (art. 111), la peligrosidad (art. 116) la habitualidad en el delito (art. 238), el obrar por lucro y/o cualquier móvil innoce (art. 291, 292); la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta: exceso de legítima defensa (art. 90), la minoría de edad (art. 148), el encontrarse bajo la influencia del estado puerperal (art. 155); la relación de parentesco en los delitos contra la libertad y el honor sexuales y en los delitos de corrupción (art. 211), el arrepentirse espontáneamente antes de ser descubierto (art. 96), la prescripción (art. 121 y 124, debido a que los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes); el actuar en error de hecho o de derecho (art. 87), etc. En buena cuenta se trata de todas aquellas calidades propias a los agentes, las relaciones especiales que tienen con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, disminución o exclusión de la pena. Hubiera bastado que el legislador diga que afectan la penalidad, ya que en ellos se hallan comprendidas las que afectan la culpabilidad; al final éstas implican una afectación de la represión.

La consecuencia más importante de la aplicación del art. 104, es que la pena a imponerse no debe ser necesariamente igual o menor a la que se "imponga al autor"; ya que siendo incomunicables las cualidades y circunstancias personales de los partícipes; es muy probable que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (poseer la calidad del menor de 21 años pero mayor de 18); y, en cambio, la situación del cómplice sea agravada, por ser reincidente. De modo que del proceso de individualización de la pena puede resultar el cómplice más severamente sancionado que el autor. Y esto se comprende fácilmente, en razón de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y en primer lugar, de acuerdo a su personalidad. Esto se halla claramente admitido en nuestro Código, cuando se establece que la pena se fijará de acuerdo a la culpabilidad y peligrosidad del agente (157).

Tomar aisladamente el art. 102 e interpretarlo literalmente, conduce a admitir, como lo hace la Corte Suprema, que la pena correspondiente al cómplice "no puede ser mayor que la del autor, sino igual disminuida hasta una parte de la represión que se imponga al autor del hecho delictuoso" (158).

En la práctica penal, sin embargo, esta interpretación significa simplemente la negación del art. 104, debido a que toda atenuación de la represión, aun la basada en circunstancias o cualidades personales, en favor del autor, repercutiría automáticamente en la penal a imponerse al cómplice. Así, en el caso jurisprudencial citado, la minoría de edad del agente favorecería al cómplice reincidente; quedando, por lo tanto, en nada la afirmación del legislador de que tales calidades o circunstancias "no modifican (la culpabilidad y la penalidad) de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible".

Se impone así, pues, una interpretación sistemática del art. 102. Obviamente, como el legislador no puede haber pretendido dictar dos reglas contradictorias y no puede admitirse la eliminación de una de ellas (art. 104), no queda sino interpretar el art. 102, en el sentido, que la pena base para determinar la - pena - que corresponde al cómplice (disminuida en un tercio) es la prevista para el autor en cada una de las disposiciones de la parte especial del Código. Es decir, que deberán disminuirse los márgenes penales que en ellas se establece.

Cuando en el art. 100. se consigna que "serán reprimidos como autores ...", no se dice otra cosa: que se individualizará la pena de los coautores, instigadores y cómplices primarios, dentro de los márgenes penales señalados para cada delito, ya que esta pena es la que corresponde al autor.

El texto del art. 102 nos hace recordar a las leyes en que las penas eran más o menos fijas. En el art. 48 de nuestro Código derogado, se precisaba que: "los cómplices ... sufrirán la pena que respectivamente merezcan los autores, disminuida en un grado".

### **155. Participación en los delitos omisivos.-**

El legislador peruano ha conservado en nuestro Código vigente una regla del Código derogado, referente a la participación en los delitos omisivos. El art. 101 C.P., estatuye que en estos delitos "son considerados como autores, los que dejan de hacer lo que manda la ley penal, y los que causan la omisión o cooperan en ella del modo expresado en el artículo anterior" (el texto del art. 14 del Código derogado era idéntico).

Señalemos, en primer lugar, que procedió equivocadamente el legislador al reproducir textualmente la fórmula del Código derogado, ya que ésta, no podía armonizar completamente con las nuevas disposiciones. Así, tenemos que en el art. 14, ab initio, del Código derogado, se señala como autores "los que dejan de hacer lo que manda la ley penal", lo que guardaba relación con el art. 12, inc. 10, en el que se establecía que son autores "los que perpetran el hecho criminal". En el nuevo Código, esta fórmula no fue reproducida, y en su remplazo se indica quienes son coautores: "los que toman parte en la ejecución" del hecho punible. En segundo lugar, con la expresión "artículo anterior" en el Código derogado se hacía referencia sólo a la disposición que regulaba la "complicidad primaria"; en cambio, en el Código vigente, en ella se halla también regulada la "complicidad secundaria".

En relación con el fondo del problema, indiquemos que son autores en los delitos de omisión, quienes dejan de hacer la "acción esperada", a cuya realización están obligados y, de esta manera, cumplen con un tipo legal (pudiendo tratarse de un delito omisivo propio o un impropio: comisión por omisión). Quien no tiene el deber de ejecutar la acción no podrá ser conmisero como autor y sancionado. Sobre este deber de actuar tratamos al estudiar la acción omisiva (159). En el art. 101, se estatuye, con cierta imprecisión, "hacer lo que manda la ley penal". Con esta fórmula, se comprendería tan sólo a los propios delitos de omisión, ya que se puede admitir que la ley penal, art. 183 C.P., por ejemplo, ordena prestar auxilio, cuando dispone la represión del que "encontrando a un herido o a cualquier otra persona en estado de peligro, omitiere prestar auxilio inmediato...".

La coautoría se presenta cuando dos o más personas que tienen una obligación común de realizar la acción esperada, no cumplen con ejecutarla. La existencia de este deber es necesaria, así mismo, en caso de participación mediante omisión. Por ejemplo, el vigilante nocturno de una gran tienda que no pone en funcionamiento el sistema de alarma, a fin de facilitar que otro robe. Si bien es posible la complicidad (primaria o secundaria) mediante omisión, no puede darse la instigación, ya que ésta consiste precisamente en decidir a otro a cometer la infracción, en crear en él la voluntad criminal, lo cual es prácticamente imposible hacer sin cierta actividad (160).

Estos casos deben distinguirse de los de participación mediante comisión en un delito omisivo; esto es, cuando el acto del participante consiste en un hacer positivo. Alguien, por ejemplo, decide a otro a no hacer algo a que está obligado (instigación) o alguien, por consejo, refuerza la decisión del agente de no actuar (complicidad). En este caso, no es indispensable que exista en los partícipes la obligación de actuar, sólo es necesario que se dé en el autor. Por tratarse de una participación activa, son aquí de aplicación las reglas generales (161).

A pesar de su afán de perfeccionismo conceptual y de su tecnicismo, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) no han previsto ninguna regla sobre la autoría y participación en los delitos omisivos. Las expresiones lingüísticas utilizadas en las reglas concernientes a la participación no son propias a comprender la forma omisiva. La eliminación del imperfecto art. 101 C.P., supone que se le considera inútil. Se desconocen las razones de esta opinión.

1. Los arts. 302 y 307 C.P., que prevén los delitos de rebelión y sedición también presuponen la participación de varias personas. No de otra manera puede darse un "alzamiento en armas".

2. **MSchrkrim**. 1910, p. 306, citado por **Roxin**, Täterschaft, p. 1.

3. Diferente: **Bramont**, Código penal, p. 213.

4. No contradice esta afirmación el hecho de que el legislador recurra de nuevo a esa fórmula en relación a los cómplices. Lo hace por una razón de estilo en la redacción de la disposición. En el Código Penal derogado, como en el Código de Justicia Militar vigente art. 15, no se presenta esta dificultad. En ellos, se define quiénes son autores y quiénes cómplices. Sólo en relación con los cómplice primarios, se utiliza la fórmula "son considerados como autores...". Es decir, que éstos no tienen la naturaleza de autores; pero, deben ser tratados como tales.

5. Ver: arts. 75 y 27 del Anteproyecto suizo, texto de 1915.

6. Ver: art. 45 del Código Penal argentino de 1921; y, en particular, los arts. 69 y 70 del Proyecto de 1891 y 48, 49 del Proyecto de 1906.

7. Ver: art. 47, No. 2, del Código holandés.

8. Ver: art. 52 del Código holandés.

9. Ver: art. 49, párrafos 1 y 6, del Código holandés.

10. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 622.

11. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 164-165; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 489.

12. **Roeder**, in ZStw 69 (1957), p. 238; **Geerds**, in GA 1965, p. 218; **Kienapfel**, in Strafrechtliche Problema, p. 86.

13. "Nicht nur der unmittelbare Täter begehrt die strfbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt".

14. Ver: **Roeder**, in Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie, p. 56 y s.; **Rittler**, Lehrbuch, T.I., p. 271; **Leukauf-Steininger**, Kommentar, p. 115 y s.

15. Art. 110 del Código Penal de 1930. Abandonó de esta manera la técnica utilizada por Zanardelli al elaborar el Código de 1889. En la Doctrina este sistema es criticado y se busca distinguir entre los diversos partícipes. Ver: **Bettioli**, Diritto penal, p. 525; **Antolisei**, Manuale, p. 428; **Latagliata**, in Enciclopedia del Diritto, VIII, p. 470.

16. Ver: **Merle-Vitu**, Traité T.I., p. 389; **Bouzat-Pintel**, Traité, T.I., p. 751.

17. Código noruego de 1902, art. 58 y Código sueco de 1965, art. 8. Ver: **Waaben**, in Le droit pénal des pays scandinaves, editado por **Ancel-Strahl**, p. 60-61.

18. Ver: **Cornejo**, Comentarios, p. 357 y s. **Bramont**, Código penal, p. 213 y s.

19. A esta diferencia lingüística, se debe de que se incurran en ciertas imprecisiones en la comprensión de obras alemanas traducidas al español. Así, ha de tenerse cuidado de leer en la traducción del Tratado de **Mezger**, hecha por Rodríguez **Muños**, el párrafo en que se dice que en el derecho penal alemán positivo se reconocen, las siguientes "formas de participación en el delito": 1) la autoría /autoría de una sola persona, coautoría y autoría mediata) y 2) la participación (instigación y complicidad). En español es imposible decir que una de las formas de participación sea la autoría individual y la participación.

20. Ver supra No. 144.

21. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 651.

22. **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 45-46.

23. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 167.

24. **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 216-217.

25. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 494.

26. En la jurisprudencia alemana, se ha llegado a negar la calidad de autor y considerar cómplice a quien con una pistola víctima a dos personas, por mandato de altas instancias gubernamentales extranjeras, debido a que "no lo quiso como propio ... a que no tenía ningún interés en su comisión..." Bundesgerichtshof 18, 87 (caso Staschynskii). De la misma manera, se consideró cómplice a la hermana de una mujer que victimó al hijo recién nacido de ésta; condenando a la madre como autora; Bundesgerichtshof 78,84 (caso Bade-Wandlungen, p. 18).

27. Strafrecht, A.T., p. 551; **Schoenke-Schroeder**, Vorbem Art. 25, No. 69-70.

28. **Busch**, Moderne Wandlungen, p. 18.

29. Sobre la influencia de esta concepción en la doctrina y jurisprudencia españolas, consultar: **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 47-48.

30. **Von Hippel**, Strafrecht, T.II., p. 454; **Beling**, Grundzüge, p. 64; **Liszt-Schmid**, Strafrecht, T.I., p. 334.

31. **Welzel**, in ZStW 58 (1939), p. 453.

32. Strafrecht, A.T., p. 659. El subrayado pertenece al autor.

33. Ver: **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 495. Un criterio personal sobre el "dominio del hecho", defiende **Roxin** en su bien informado libro Täterschaft und Tatherrschaft.

34. Täterschaft, p. 107.

35. Ver: **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 556; **Schoenke-Schröder**, Kommentar, Vorbem Art. 25, No. 65-66, p. 338.

36. Autor y cómplice, p. 135-137.

37. Ver infra No. 150, f.

38. **Bacigalupo**, La noción de autor, p. 45 y s.

39. **Tozzini**, in Rev. de d. p. y crim. 1968, No 3, p. 81.



40. De Genócrates ver: in La ley, T. 130, p. 540 y del mismo autor, in La ley, T. 136, p. 385. Consultar también: Soler, Derecho penal argentino, T. II, p. 271, nota 1; **Núñez**, Manual, p. 287, nota 38.

41. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 165, sostiene que el lugar en donde debería ser estudiada la autoría, de acuerdo a la realidad, es al final de la teoría de la antijuricidad y de la culpabilidad; pero, concluye de que no es conveniente separar su estudio del análisis de la participación.

42. **Núñez**, Manual, p. 285, dice: "Cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría".

43. Código penal, p. 219.

44. Cf. **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 218-219. Sobre la doctrina española, ver esta misma obra, p. 217. En Argentina, **Núñez**, Manual, p. 285, defiende la misma opinión. Dice, expresamente, que el "artículo 45 (muy semejante al nuestro) no se propone definir el autor del delito", pero que permite deducir que es autor "el que ejecuta el delito". Ver: **Soler**, Derecho penal argentino. T. II, p. 244.

45. **Samson**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 198; **Schönke-Schröder**, Kommentar, Art. 25, No. 2-3; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 545.

46. En el Código Penal derogado, art. 12, No. 1, se decía: "son autores: 1o los que perpetran el hecho criminal". El empleo del plural (Los que...) en esta frase, hace pensar que el legislador trató de regular la coautoría /una forma de participación -to sensu).

47. Ver supra No. 83 y 130 e infra No. 147, d.

48. A esta relación de dependencia, se le llama "accesoriedad de la participación", ver infra No. 152-

49. Ver: **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 169.

50. "Straftat", art. 25, no. 1, del Código Alemán.

51. Lo contrario parecería deducirse de la manera como el mismo legislador hace depender la pena del cómplice de la que se imponga al autor (art. 102). Como se demostrará posteriormente, esto no puede ser así, debido a que el texto del artículo 104, consagra la accesoriedad limitada.

52. Lo propone explícitamente **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 562. Ver: Peña Cabrera, Derecho penal, parte general, p. 278.

53. Ver supra No. 93.

54. En el caso de error de hecho o de derecho, no es de olvidar que el artículo 87 C.P. prevé la imposición de una penal, aun cuando dicho error sea inevitable, ver supra No. 120.

55. El art. 19, inc. 7, del Código de Justicia Militar declara exento de responsabilidad criminal al "que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita".

56. Ver supra No. 93 y No. 149, a.

57. Cf. **Núñez**, Manual, p. 286. Sostiene un criterio distinto, Bramont, Código penal, p. 219.

58. De acuerdo al D.L. No. 22095, art. 55, A inc. 6, modificado por el D. Leg. 122, constituye agravante del tráfico ilícito de drogas, la utilización de un inimputable para su comisión.

59. Ver supra No. 146, a; cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 507.

60. Ver infra No. 152.

61. Ver supra No. 147, c.

62. Ver: **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 25, No. 28, 29, 30 y la bibliografía allí citada; en especial, **Roxin**, Täterschaft, p. 360, 399, 406. Sobre el derecho penal español ver: **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 232 y s.

63. Cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 504.

64. Diferente, **Bramont**, Código penal, p. 219.

65. Jiménez de **Asúa**, in El criminalista, T. IV, p. 242 y 243. En el mismo sentido, **Bacigalupo**. La noción de autor, p. 21.

66. Ver: **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 645-646.

67. In RJP 1960, p. 1482.

68. E.S.d del 25 de noviembre de 1964, in AJ 1964, p. 306.

69. Ver supra No. 134; c; 135 a.

70. E.S. del 9 de setiembre de 1955, in RJP 1956, p. 216.

71. E.S. del 18 de julio de 1950, in RJP 1951, p. 297.

72. Equivocadamente la Corte Suprema califica de cómplice y no de coautor a quien interviene en la ejecución del delito de estafa prestando su nombre (artificio) y cobrando los cheques girados por la víctima. Ver: E.S. del 15 de enero de 1973, in RJP 1973, p. 93.

73. Ver supra No. 134, c.

74. E.S. del 1o de abril de 1950, in RF 1950, p. 372. Caso semejante en la E.S. del 31 de octubre de 1959, in RJP 1960, p. 432.

75. **Stratenwerth**, Strafrecht, Besonderer Teil, T.I., p. 96.

76. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 516.

77. Ver supra No. 134, c.

78. Quintano **Ripollés**, Tratado, T.I, p. 553; cf. Luzón, Derecho penal, T.II, p. 194; **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 57 y s.; en especial, p. 77-87.

79. **Samson**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 197; **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 179; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 658-659; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 516-517.

80. In RF 1940, p. 393.

81. E.S. del 28 de mayo de 1936, in RF 1936, p. 242. Los sujetos juzgados se habían propuesto robar a las víctimas para lo cual las agredieron. Uno victimó al padre y el otro sólo logró lesionar al hijo que le acompañaba. La pena impuesta fue de 20 años de penitenciaría para ambos. Un caso semejante fue distintamente resuelto en la E.S. del 9 de mayo de 1940, in RT 1940, p. 203. Aquí se consideró a uno como autor de asesinato y al otro como autor de tentativa, reprimiéndoseles con penas distintas. Consideramos preferible la primera solución.

82. E.S. del 30 de noviembre de 1960, in RJP 1960, p. 1482.

83. Autor y cómplice p. 65 y s.

84. Ver: E.S. publicadas in RT 1940, p. 203; RJP 1960; p. 432; RJP 1947, p. 492; RJP 1952, p. 1732; RF 1969, p. 353.

85. Jiménez de **Asúa** considera preferible utilizar el verbo "determinar" para definir al instigador, in El criminalista, T. IV, p. 202.

86. Cf. **Soler**, Derecho penal argentino., T. II, p. 202.

87. **Bramont**, Código penal, p. 220.

88. E.S. del 4 de junio de 1936, in RF 1936, p. 245.

89. En relación a los "coautores", ver supra No. 148.

90. En relación al derecho suizo, **Schultz**, Einführung, T.I, p. 234, dice claramente que el hecho de que el instigador sea sancionado como "autor" no significa que sea un "autor intelectual", sino sólo que él merece la misma pena.

91. Strafrecht, A.T., p 683; comparar con la versión española de la cuarta edición de esta obra, T.II, p. 368-369.

92. Ver supra No. 147, c.

93. RJP 1968, p. 982.

94. RJP 1947, p. 492.

95. RJP 1952, p. 1732.

96. Ver: E.S. del 31 de octubre de 1959, in RJP 1960, p. 432.

97. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 522. Ver: Peña Cabrera, Derecho penal, parte general, p. 280.

98. Siguiendo a **Koehler** y a **Mezger**, Soler considera que "no parece que sea necesario tanta concreción" y que "bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador", Derecho penal argentino, T.II, p. 277. En apoyo del criterio sostenido en el texto, ver: **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 522; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 26, No. 14 y la bibliografía allí citada por estos últimos.

99. Cf. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 573; **Haftner**, Lehrbuch, A.T., p. 230.

100. Ver supra No. 147, c.

101. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 683.

102. Sobre el error, ver supra No. 116.

103. Cf. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 41, p. 333 y Art. 26, No. 17, p. 363; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 524.

104. Cf. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 588.

105. Ver: **Schultz**, FJS No. 1190, p. 5; **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 98; **Germann**, Die Bestimmung über die Teilnahme , p. 10.

106. **Schultz**, FJS no. 1190, p. 8. Ver: **Schönke-Schröder**, Kommentar, Art. 26, No. 16, p. 363; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 522.
107. Cf. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 577; **Maurach**, Strafrecht A.T., p. 686.
108. Ver infra No. 150, f.
109. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 692.
110. E.S. del 7 de agosto de 1958, in AJ 1958, p. 91.
111. E.S. del 25 de agosto de 1960, in AJ 1960, p. 51. El subrayado es nuestro.
112. Sobre la noción de acto ejecutivo, ver supra No. 134, c.
113. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T. p. 186.
114. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 525; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 590.
115. Ver supra No. 148, d.
116. Ver supra No. 150, f.
117. **Bockelmann**, Strafrecht, A.T., p. 186.
118. AJ 1959, p. 149.
119. AJ 1939, p. 138.
120. Art. 243 y 332 C.P., respectivamente, Cf. **Stratenwerth**, Strafrecht, Besonderer Teil, T.I., p. 270.
121. Cf. Jiménez de **Asúa**, El criminalista, T. IV, p. 183. Sobre la culpa, ver supra No. 122.
122. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 527.
123. Otro caso parecido es el del art. 167, en el que se regulan las llamadas lesiones con resultado fortuito. Ver supra No. 115.
124. Sobre esta noción, ver supra No. 142.
125. Cf. Soler, Derecho penal argentino, T. II, p. 271; **Núñez**, Manual, p. 289.
126. El Código español, en su art. 14, No. 3, estatuye "los que cooperen a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". Por esto en doctrina española se habla de "cooperación necesaria". El mismo texto aparece en el art. 32, inc. 3, del proyecto de código penal de 1980. Ver: **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 113 y la bibliografía por él citada.
127. Lecciones, T. II, p. 174.
128. Ver: **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 137 y s.; **Soler**; Derecho penal argentino, T. II, p. 272.
129. Cf. **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 271.
- 130 A este criterio se hacía referencia en el Código penal derogado, junto a la importancia "principal o secundaria".

131. Cf. **Gimbernat**, Autor y cómplice, p. 161.
132. Comentarios, p. 36.
133. Autor y cómplice, p. 154.
134. Autor y cómplice, p. 155.
135. Autor y cómplice, p. 156.
136. Autor y cómplice, p. 157.
137. Autor y cómplice, p. 159.
138. Autor y cómplice, p. 160.
139. In AJ 1960, p. 151.
140. Cf. **Logoz**, Commentaire, partie générale, p.107.
141. Ver supra No. 145.
142. El párrafo segundo el art. 102 se inspira de manera general en la fuente holandesa. En el párrafo segundo art. 49 del Código Penal holandés, se estatuye que cuando se trata de un delito merecedor de la pena de prisión a perpetuidad, será impuesta la pena de 15 años de prisión como máximo".
143. Ver infra No. 152.
144. D.L. 19910 del 30 de enero de 1973, art. 4.
145. Respecto al tráfico de drogas, ver los siguientes antecedentes: D.L. 11005 del 28 de marzo de 1949, arts. 3, 12 y 22; modificado por D.L. 19505 del 22 de julio de 1972. Estas disposiciones han sido derogadas por el D.L. 22095 del 21 de febrero de 1978; ver arts. 51 a 60, y, especialmente el art. 62, según el cual no rige para los cómplices el beneficio estatuido en el art. 102 del Código Penal.
146. In AJ, FJS NO. 1189, p. 4.
147. **Schultz**, FJS No. 1189, p. 4.
148. **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 698.
149. **Jescheck**, Strafrecht, A.T. p. 500.
150. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 497.
151. Ver: **Schwander**, Stragesetzbuch, p. 129-130; **Schultz**, FJS No. 1189, p. 7-8.
152. Comparar dicha disposición con el art. 27 del Anteproyecto suizo de 1915. Consultar: Peña Cabrera, Derecho penal, parte general, p. 283.
153. **Schultz**, FJS 1189, p. 7.
154. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 498.

155. Jiménez de **Asúa**, El criminalista, T. IV, p. 180, 222. Cf. **Schultz**, FJS No. 1189, p. 7. Ver **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 498.

156. Ver supra No. 147, c.

157. Recordemos que en su exposición de motivos, nuestro legislador hizo suya la afirmación de **von Liszt** de que "la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el hombre", Código Penal, edición oficial, p. 166.

158. E.S. del 28 de diciembre de 1961, in RJP 1962, p. 612.

159. Ver supra No. 83.

160. Cf. **Jescheck**, p. 524.

161. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 25, No. 76, p. 340.

### 3. Concurso de leyes y de delitos

#### 156. Introducción.-

Al estudiar el principio de legalidad y la tipicidad - elemento del delito - , se tiene la impresión de que el legislador ha descrito en la ley penal acciones independientes y de que el juez, al momento de castigar, ha de arribar, categóricamente y sin más contratiempo, a la aplicación de una disposición penal. Pero, ya al exponer la problemática de la interpretación, vimos las dificultades que pueden presentarse.

Por la dinámica misma de la realidad y por límites naturales de toda labor legislativa, resulta que el juez se encuentra ante el dilema de que una misma persona deba ser castigada, en un mismo proceso, por diversas infracciones en las que ha incurrido.

En doctrina, se estudian estos problemas bajo los títulos de concurso aparente de leyes y concursos real e ideal de delitos (1).

#### 157. Legislación nacional y sus fuentes.-

En el título XIII del libro primero del Código Penal, el legislador ha agrupado las reglas destinadas a orientar al juez, cuando se encuentre ante problemas de tal naturaleza. El concurso ideal está previsto en el art. 105; un caso de concurso aparente de leyes e regulador en el art. 106; en el numeral 107, está previsto el delito continuado; el concurso real está normado en el precepto 108; en el 110, se prevé el llamado concurso real posterior; y el art. 109, regula la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y las medidas de seguridad en caso de concurso real.

Por las investigaciones que hemos efectuado, el sistema que se deduce de estas disposiciones es único en la legislación penal moderna. Esto se debe a que nuestro legislador recurrió a diversas fuentes extranjeras, y al hecho de que no adoptó, en este campo, las mismas escalas penales consagradas en los modelos en que se inspiró.

El pf. 1o. del art. 105, en el que se define el concurso ideal, procede del Código Penal holandés de 1881 (art. 55, pf. 10.). Y lo más lamentable, es que el texto consultado por nuestro legislador no ha sido el original, sino una versión española que es citada por Angel Gustavo **Cornejo** (2), sin dar fuente bibliográfica alguna. El pf. 2o. es una transcripción literal del pf. 2o. del art. 67 del Anteproyecto suizo de 1915. El párrafo inicial de esta disposición, que se repite en la versión del año siguiente, no puede ser considerada como fuente del 1er. pf. del art. 105; menos aún, el art. 65 del Proyecto suizo de 1918, que regula simultáneamente los concursos ideal y real (3). Obsérvese que el art. 105 es una reproducción literal del art. 79 del Proyecto peruano de 1916. Y la fuente legal del art. 106 es, igualmente, el Código holandés, art. 55 párrafo 2o. (4).

Por otro lado, el art. 107 del Código italiano de 1889, sirvió de modelo a nuestro legislador para la elaboración del art. 107 (5). No se trata de una reproducción literal, ya que la disposición peruana no estatuye el mismo tipo de pena y contiene otra circunstancia material (6).

La noción de concurso real, contenida en el art. 108, ab initio, es igual a la establecida por el legislador holandés en el art. 57, ab initio, de su código.

Al regular la pena aplicable en estos casos, el legislador peruano abandonó este modelo, al que había aún seguido de cerca al redactar los arts. 82 y 83 del Proyecto de 1916. La solución que, en definitiva, adoptó se basa, más bien, en la del art. 45 del Código derogado.

El modelo helvético es nuevamente seguido en el art. 109, que regula la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y de las medidas de seguridad en caso de concurso real. Esta regla es semejante al art. 68, pf. 2o., del Anteproyecto suizo de 1916. La solución que, en definitiva, adoptó se basa, más bien, en la del art. 45 del Código derogado.

El modelo helvético es nuevamente seguido en el art. 109, que regula la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y de las medidas de seguridad en caso de concurso real. Esta regla es semejante al art. 68, pf. 20., del Anteproyecto suizo de 1915 (7).

Debemos anotar que la norma del art. 110 no tiene su correspondiente en las legislaciones extranjeras hasta ahora señaladas. Estas tratan también el denominado concurso real posterior; pero, sin emplear el giro: "se descubriere otro hecho punible", y sin regular de la misma manera la imposición de la nueva pena.

Debido a la pluralidad de fuentes empleadas por el legislador nacional, es necesario tener mucho cuidado en la aceptación inmediata de criterios doctrinales elaborados a partir de bases legales distintas a la nuestra.

### **158. Unidad y pluralidad de acción.-**

#### **a) Concepto de acción:**

Toda discusión sobre los verdaderos casos de concurso (real e ideal) ha de comenzar, en particular y en nuestro medio, con la determinación de la unidad y pluralidad de acción (8). Este mismo criterio se encuentra a la base de las normas del Proyecto de 1985 (agosto), arts. 36-39. Sus autores se refieren, de un lado, a la unidad de la acción u omisión realizada y, de otro lado, a la unidad o pluralidad de hechos punibles realizados mediante tales comportamientos.

El término hecho empleado por el legislador en el art. 105 debe ser comprendido como acción. No puede afirmarse que lo utilizó para diferenciar hecho y acción, como fue el caso del legislador italiano de 1889. Este último buscó hacer depender "de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso", la unidad de la pena. Nuestro legislador se basó en el Código holandés de 1881, a diferencia del argentino que siguió el modelo italiano (9). El sistema de este último, se basa, precisamente, en la distinción entre hecho y acción (10).

Lo que en este dominio debe ser comprendido como acción es muy discutido. La generalidad de autores están conscientes de que no se le puede asimilar a la noción de acción, como elemento del delito (11), y en que no existe un criterio de carácter natural que permita indicar los casos por ella comprendidos (12).

#### **b) Criterios para determinar la unidad de acción:**

De lo que se trata es de determinar cuáles son los criterios idóneos para "aislar, separar o recortar de un todo fluyente", como es el comportamiento humano, una fracción de la cual se puede decir que es una acción (13). Indudablemente, no existe un canon único que cumpla esta función; la realizan más bien criterios de distinta naturaleza. El primero es de carácter jurídico y es proporcionado por el mismo legislador al elaborar los tipos legales. Se trata de un criterio normativa. Junto a éste, es de considerar una perspectiva objetiva determinada por la subjetividad del agente y el contexto tempoespacial en que se desarrolla el comportamiento. Con razón, afirma **Schmitt** que en la concepción dominante se utiliza el término unidad de acción (*Handlungseinheit*) tanto en sentido objetivo como jurídico (14).

Admitido lo antes expuesto, se afirma, en primer lugar, que el soporte real, físico de la noción de acción es el movimiento o movimientos corporales originados por un impulso volitivo aislado, sin tener en cuenta la pluralidad de resultados producidos; por ejemplo, lanzar una granada. Pero, es necesario tener presente el tipo legal, ya que el legislador puede haber determinado que la pluralidad de tales eventos naturales deba ser considerada como una unidad; de ahí que el cuadro normativo del tipo legal sea determinante (15). Precizando esta concepción, **Jescheck** afirma que unidad de acción existe siempre en el caso de cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado (16). Previamente, **Jescheck**, señala que ni el número de resultados ocasionados, ni el número de tipos legales posiblemente cumplidos, son determinantes para admitir la presencia de una pluralidad de acciones (17).



Aquí debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales las acciones punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones fundamentales, como las de causar la muerte de una persona o de un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades (**Beling** habló de delito-tipo), a partir de las cuales, el legislador describe los comportamientos socialmente dañinos, ya sea mediante la acumulación de algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia. Respecto a los primeros, se puede decir, si se quiere, que constituyen una sola acción natural. Los dos últimos presuponen, en su mayor parte, una pluralidad. Mas en todos esos casos se trata de una unidad de acción en sentido jurídico.

En nuestro medio, se ha sostenido un criterio subjetivo en la determinación de la unidad de hecho, que estaría dada por la unidad de intención y/o de fin. Si el agente ocasiona, intencionalmente, dos o más resultados mediante una sola acción, se debe afirmar que estamos ante una pluralidad de hechos. De no haber actuado con tal designio, tendría que admitirse que se trata de un solo hecho. El primer caso sería un concurso real (art. 108) y el segundo un concurso ideal (art. 105). Así, **Bramont Arias** sostiene que "en efecto, habrá dos delitos que concurren materialmente, si con una sola acción se producen los dos resultados que se pretendían; por ejemplo : un solo disparo ejecutado con el fin exclusivo de matar a dos personas". Concluye afirmando **Bramont** que "la pluralidad no radica, pues, en rigor, en la acción, sino en el fin o designio criminal" (18); por su unilateralidad, creemos que debemos rechazar este criterio. Así los casos en que tendría que admitirse la existencia de un concurso ideal de delitos, por aplicación de esta tesis, serían muy pocos; y, por otro lado, algunos casos que el mismo **Bramont** presenta como casos de concurso ideal, no podrían ser comprendidos en éste. Así, "el disparo de un arma de fuego contra una persona causando lesiones y daño en la cosa" (19). Si el agente ha querido causar ambos resultados, significa que hay pluralidad de intenciones y, por tanto, no se da concurso ideal. En caso de que sólo quiso lesionar a la persona y no tuvo la intención de dañar la cosa, no habrían varias disposiciones penales que sean aplicables al mismo hecho (art. 105). De acuerdo al art. 259 C.P., sólo se reprimen los daños cometidos intencionalmente. Tampoco se daría concurso ideal. La inconveniencia de admitir este criterio subjetivo, se revela, también, como lo veremos posteriormente (20), en el concurso real de delitos. **Bramont Arias** considera como un elemento de este concurso la pluralidad de acciones; pero al mismo tiempo admite los casos en que el agente con una sola acción produce, intencionalmente, diversos resultados (21). Lo que demuestra que este criterio lleva a una desnaturalización del texto del art. 108 que exige la presencia de varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes (22).

### **c) Casos de unidad de acción:**

Existe unidad de acción jurídica en el caso de delitos complejos, cuyos tipos legales presuponen la comisión de varias acciones (en sentido natural o ya jurídico), aun cuando una de ellas sea prevista como designio, motivo; por ejemplo, el delito de violación: el agente debe mediante violencia o amenaza hacer sufrir, fuera de matrimonio, a una mujer el acto sexual (art. 196); el delito de robo: el autor ejerce violencia para perpetrar un hurto o conservar la cosa hurtada (art. 239); el delito de secuestro agravado: el sujeto activo priva de libertad a la víctima para abusar de ella o corromperla (art. 223, No. 1).

También existe unidad cuando el tipo legal considera, globalmente, un conjunto de acciones como un todo. Por ejemplo, el delito de violación de la soberanía territorial extranjera: el agente debe hacerlo "practicando indebidamente ... actos oficiales..." (art. 297); el delito de conjuración contra un estado extranjero, consistente en practicar, en territorio nacional, "actos destinados a alterar por la violencia el orden político de un Estado extranjero..." (art. 298).

Otro caso de unidad de acción jurídica es el de los delitos permanentes, en los que el agente produce y mantiene una situación antijurídica; por ejemplo, el delito de violación de domicilio, en el caso en que el agente permanece en el domicilio contra la voluntad del titular (art. 230); el delito de secuestro, consistente en privar a una persona de cualquier manera, de su libertad personal (art. 223).

Es de comprender, igualmente, a los denominados delitos de hábito, en que el mismo tipo legal exige una pluralidad de acciones que demuestren la habitualidad del agente en la comisión de la acción reprimida; por ejemplo, el delito de ejercicio ilegal del arte de curar. Según el art. 280, se da este

delito cuando, "sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrase o aplicare habitualmente medicamentos ...".

En los casos de tipos alternativos, debe admitirse con unidad de acción, la realización de las acciones equiparadas por el legislador en cuanto a su tratamiento penal. Así por ejemplo, quien destruye y altera los límites de un inmueble para apoderarse de todo o parte del mismo, comete una sola acción. El pf. 2o. del art. 257, describe esta forma de usurpación diciendo "destruyere o alterare".

En otros casos, el tipo legal no ofrece, expresamente, tales posibilidades para considerar la unidad de acción; pero, por interpretación, se puede deducir que la realización del resultado típico puede tener lugar mediante actos progresivos. El homicidio, por ejemplo, que alcanza su objetivo sólo después de un acto fallido y de ocasionar diferentes lesiones a la víctima. En estos casos, son determinantes el contexto espacio-temporal y la intención del agente.

Algunos autores discuten sobre la admisión de unidad de acción, cuando la ejecución repetida del mismo tipo legal es cometida con un solo impulso criminal y en un estrecho marco tempo-espacial (23).

En nuestro medio, es de cuestionar la necesidad de hacer esta distinción, ya que en la legislación peruana - lo que no sucede en la alemana - el delito continuado está regulado expresamente. El art. 107 de nuestro Código Penal estatuye que "cuando varias violaciones de la misma ley penal hubiesen sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momento diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado" (24).

#### ***d) Unidad de acción en los casos omisivos y en los culposos:***

En los casos de acciones omisivas o de comisión por omisión y de acciones culposas, es de tener en cuenta sus peculiaridades. En las primeras - acciones omisivas -, el deber de cumplir con las acciones esperadas y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, en las segundas - acciones culposas -, el deber de cuidado exigido. La no realización de una acción esperada o la violación de un deber de cuidado, constituye una sola omisión o acción culposa, a pesar de los múltiples resultados que se hayan producido.

Habrà pluralidad de omisiones cuando el agente no realiza dos o más acciones esperadas, en caso de que le hubiese sido posible evitar otro resultado dañino luego de producido el primero. Por ejemplo, no auxiliar sucesivamente a dos personas en peligro, pudiendo hacerlo. Existen varias acciones culposas, si un conductor por sucesivas imprudencias ocasiona tres accidentes mortales (25).

### **159. Concurso ideal de delitos:**

#### ***a) Introducción:***

La afirmación de que existe unidad de acción no significa, todavía, que sólo una ley debe ser aplicada. Esto se debe a que mediante su acción, el agente puede cumplir con los elementos de dos o más tipos legales, ninguno de los cuales la abarca en su totalidad; de modo de que todos ellos deben ser tenidos en cuenta. La múltiple aplicación de diversas disposiciones es, pues, debida a la naturaleza compleja de la acción. A los casos de esta clase, se les agrupa bajo el título de concurso ideal de delitos; debemos señalar que este es el criterio imperante en la doctrina actual.

El legislador peruano ha previsto el concurso ideal en el art. 105 del Código Penal. Y, conforme a esta disposición se da este concurso: "cuando varias disposiciones penales sean aplicables al mismo hecho" (26). En el Proyecto de 1985, se dice, por el contrario, "el que con una sola acción o omisión comete dos o más hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y, si son iguales, con una de ellas" (art. 57).

#### ***b) Naturaleza del concurso ideal:***

Grosso modo, partiendo de que una sola acción no puede ser causa de la "violación de diferentes leyes", niega la existencia de pluralidad de delitos y afirma que se da un concurso de leyes.

Esta diferencia de pareceres es debida a la diversidad de maneras cómo sus defensores conciben el delito. Los defensores del primer criterio otorgan al cumplimiento del tipo legal una importancia preponderante (27); y los segundos, tienen sobre todo, en cuenta la causalidad de la acción (28). Actualmente, en doctrina, se deja de lado esta discusión interesando únicamente subrayar las condiciones que deben darse para hablar de concurso ideal.

**c) Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos:**

En el concurso aparente de leyes como en el concurso ideal, se trata de una sola acción. Pero ésta es abarcada plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables. En otras palabras, se puede decir que el elemento común a estas dos clases de concurso es la unidad de acción; el elemento diferenciador, la tipicidad única o plural.

En relación con el concurso real de delitos, la diferencia consiste en la pluralidad de acciones necesarias para la existencia de éste. Por ellos es que al inicio de este capítulo señalábamos que toda discusión práctica sobre los verdaderos concursos (ideal y real), comienza con la determinación de la unidad o pluralidad de acción (29).

**d) Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas:**

La expresión "mismo hecho" contenida en la regla del art. 105, significa misma acción. Para determinar, en qué casos se da esta unidad se debe recurrir a los criterios que hemos expuesto anteriormente (30). Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción (31); mas, es evidente, que no puede ser totalmente valorada mediante la aplicación de la norma que reprime el homicidio (art. 150), ni por la que castiga la lesión (art. 165). Sólo teniendo en cuenta ambas es posible pronunciar un juicio negativo de valor conforme a ella. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, le ocasiona lesiones de manera intencional. Aquí existe unidad de acción, a la cual es aplicable el art. 196 y el art. 165. Decir que sólo ha cometido violación no es conforme a la realidad; ya que no es posible, simplemente, dejar de lado las lesiones. Es necesario tenerlas en cuenta para valorar cabalmente el comportamiento del agente. Pero no es posible admitir que se da concurso real de delitos, porque no existen acciones (hechos punibles dice el art. 108( que "deben considerarse como otros tantos delitos independientes". En el ejemplo dado, el cuadro normativo del tipo legal (violación) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto tempo-espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.

Para una correcta comprensión del concurso ideal y la adecuada solución de las dificultades que presenta, es indispensable una justa apreciación de los tipos legales y de las relaciones existentes entre ellos. El criterio normativo proporcionado por el legislador a través de los tipos legales es ya decisivo en la determinación de la unidad de acción y la adecuación de esta acción a uno o algunos de ellos es determinante para admitir o no la existencia del concurso ideal de delitos. Y el legislador peruano no quiere decir otra cosa cuando expresa que: "varias disposiciones penales sean aplicables" ya que éstas lo serán cuando el agente, mediante su acción, haya cumplido con los requisitos contenidos en sus preceptos (tipos legales).

**e) Concurso ideal homogéneo (varias violaciones de la misma ley):**

De acuerdo al texto del art. 105, el legislador no ha considerado el denominado: concurso ideal homogéneo, consistente, según la doctrina, en la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción; por ejemplo, mediante el lanzamiento de una granada se lesiona gravemente a varias personas. Al respecto, es de admitir que nuestro legislador ha procedido al encuadramiento de la acción en varias normas. Esto se desprende, claramente, primero, del empleo del plural; segundo, que la pena se impondrá de acuerdo "con una de ellas"; y, por último, de que las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque "no estén previstas más

que en una de ellas". Contra esta interpretación, nada dice que el legislador haga alusión, mediante las frases: "en caso de diferencia, con la que establezca la pena más grave", a la posibilidad de que dichas normas prevean penal iguales. El denominado concurso ideal homogéneo ha de ser considerado como un caso de unidad de acción (32), que no presenta problemas en cuanto a la ley con que su autor será reprimido. Según las circunstancias, podría admitirse la existencia de un delito continuado. El art. 107 que regula esta figura, estatuye que debe tratarse de "varias violaciones de la misma ley penal" (33).

El legislador parte de la idea de que no existe problema alguno cuando una sola es la ley aplicable, ya que (en su opinión) el juez cuando una sola es la ley aplicable, ya que (en su opinión) el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior, dentro de los cuales individualizará la pena de acuerdo la art. 51. Los casos que tiene presente son aquellos en que aparentemente (art. 106) o realmente se da la posibilidad de reprimir al agente desde la perspectiva de dos o más disposiciones legales.

A fin de no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, señala, expresamente, de qué manera ha de resolver estos conflictos.

Se mediante la interpretación se llega a la conclusión de que una sola disposición es aplicable, no puede afirmarse la existencia de un caso de concurso ideal. La regla del art. 105 no entra en funciones, pues, el juez no se encuentra ante la alternativa de aplicar una u otra disposición (34).

Por esto no es tan claro el art. 37 del Proyecto de 1985 (agosto), en la medida que se refiere a hechos punibles idénticos cometidos con una sola acción y que dispone la aplicación de una de las penas en caso de ser iguales. Esta regla resulta inútil. Si se reprimiera de manera agravada el concurso ideal en consideración de la pluralidad de resultados (aun iguales), sería necesaria una norma especial. En la hipótesis del citado art. 37, el juez no tiene dudas respecto a la ley aplicable y que no debe tomarse en cuenta los otros hechos; pues, sólo se aplica la pena más grave cuando son diferentes.

#### **f) Fijación de la pena en caso de concurso ideal: legislación y doctrina extranjeras:**

En la legislación, se ha consagrado el trato único de ambos tipos de concurso. Por ejemplo, en Francia, el art. 5 del Código Penal establece que "en caso de comisión de varios crímenes o delitos se impondrá la pena más severa". En Suiza, el art. 68 del Código Penal federal estatuye: "cuando por un solo acto o por varios, un delincuente ha incurrido en varias penas privativas de libertad, el juez lo condenará a la pena de la infracción más grave, y aumentará la duración según las circunstancias, pero no sobrepasará esta pena aumentada en su mitad. El juez estará, además, limitado por el máximo legal de la clase de pena".

De esta manera, pues, el legislador suizo retomó la fórmula del Proyecto de 1908 y abandonó la que fuera adoptada por los expertos de la Segunda Gran Comisión y que sirviera de modelo, en parte, a nuestro legislador (Anteproyecto de 1915/16).

Por ser la legislación suiza la fuente más importante de nuestro Código Penal, es interesante observar cómo se desarrolló, en torno a este problema, el debate en la Comisión codificadora helvética. **Gauthier**, defendiendo la solución del Proyecto de 1908, afirmó que en el concurso ideal la agravación de la pena es conveniente, "sobre todo cuando el delincuente sabe o debe saber que su acto ha violado varias disposiciones"; y que no cree "necesario complicar el código adoptando para el concurso ideal un sistema diferente que par el concurso real" (35). **Thormann** se pronunció en el mismo sentido, se señalando que si teóricamente debe distinguirse entre ambos concursos, en la práctica debe aceptarse la solución del anteproyecto, ya que de esta manera se evita el planteamiento de cuestiones muy sutiles (36). A esta argumentación respondió **Lang**, autor de la propuesta de enmienda, que "la solución del proyecto tiene la ventaja de la brevedad. En el caso de concurso ideal se trata de una sola resolución criminal y de una sola acción, mediante la cual sólo se cometerá, también, un delito. Si esta acción viola varias leyes penales, depende, únicamente, de la manera en que esté redactado el Código Penal. En el concurso real, por el contrario, existe una pluralidad de resoluciones criminales y de acción" (37).

Es conveniente anotar que muchos autores, principalmente alemanes (38), son partidarios del abandono del trato diferenciado de ambos concursos y de la aplicación del sistema de la pena única (Einheitstrafe). De regirnos por este criterio no se distinguirá más entre los diferentes puntos de vista en conflicto y la existencia de varias acciones (39); esta solución fue propuesta al discutirse la reforma del viejo Código alemán, pero no fue aceptada, siendo, por el contrario, incorporada en el derecho penal de menores (40).

La propuesta de optar por el tratamiento único, implica el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real (41). El factor decisivo considerado para exigir certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. De donde se deduce que la diferenciación ahora practicada es - vista desde la perspectiva de la política criminal -, arbitraria y, por lo tanto, necesariamente insegura (42). La inadmisión del trato único de ambos concursos ha sido calificada, en Alemania, como la "conservación de un esquema conceptual arcaico" (43).

#### **g) Legislación nacional:**

El problema que se presenta luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos, es de saber qué pena ha de imponerse al agente. De acuerdo a nuestro sistema de penas no tasadas, se trata de saber, con mayor exactitud, dentro de qué márgenes penales el juez fijará la pena. Si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, la ley le ordena determinarla conforme a la más severa. Para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites mínimo y máximo. Las penas accesorias y medidas de seguridad que en ellas se estatuyen, no entran en consideración, porque el pf. 2o. del art. 105 concede al juez la posibilidad de aplicarlas aun cuando figuren en una sola de las leyes en conflicto. No puede procederse a la determinación de la ley aplicable, conforme a los criterios utilizados para determinar la irretroactividad de la ley penal más severa (44).

En doctrina, se afirma que el sistema adoptado por nuestro legislador tiene como base el principio de la absorción, conforme a cual la pena más grave impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves : *poena major absorbet minorem* (45).

El art. 55, pf. 1o., del Código holandés - fuente inmediata de nuestro art. 105 -, estatuye el mismo sistema; y el legislador peruano debe haberse decidido a adoptar esa solución, en vista de que también la habían admitido: el legislador helvético (art. 67, Anteproyecto 1915); el italiano (art. 78 del Código Penal de 1889); y el argentino (art. 54 del Código Penal de 1921).

Para comprender meridianamente la posición de nuestro Código debemos tener en cuenta la solución que adopta en caso del concurso real de delitos. Aquí, el juez deberá, según el art. 108, imponer la pena del delito más severamente reprimido, agravándola, conforme al art. 51, en consideración de las demás infracciones.

Tenemos así que de lo anterior se desprende que en caso de concurso ideal de delitos, el juez está obligado a no considerar - al momento de individualizar la pena de acuerdo al art. 51 - el hecho de que la acción del agente se adecue a otros tipos legales. El hecho de que en el art. 51, se señale que la pena será determinada según la culpabilidad y peligrosidad del agente, y que su aplicación es necesaria en todos los casos en que se impone una pena, hace un tanto hipotética la distinción que, en relación a las consecuencias penales, pretende implantar el legislador entre los dos concursos.

Creemos que la solución del Código no es del todo incorrecta; aunque quizás hubiera sido conveniente dar la posibilidad al juez de aumentar la pena impuesta, teniendo en cuenta las demás normas violadas (46). Esto se justificaría, porque, conforme a lo que hemos expuesto, una sola de las disposiciones en conflicto, no cubre toda la realidad del acto cometido. En la práctica, el juez no puede ignorar algunos aspectos del comportamiento que reprime (por ejemplo, la gravedad del daño ocasionado mediante la acción), porque la misma ley le exige que tenga en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas. Como veremos al analizar la jurisprudencia nacional, en la realidad ambos concursos producen las mismas consecuencias.

Esta situación resulta de la conjunción de tres factores: la libertad concedida al juez para individualizar la pena, la amplitud de los márgenes penales señalados para cada delito y la técnica adoptada para resolver los casos de concurso.

El trato unitario de ambos concursos a que se llega aplicando el sistema peruano no es inconveniente. El trato diferencial ha sido, frecuentemente criticado desde un punto de vista de política criminal. Además, es de admitir con **Schoenke-Schroeder** que este último trato "depende, muchas veces, del azar: un padre que ahogue a sus dos hijos separadamente (uno después de otro) o que lo haga simultáneamente. En el primer caso, habrá concurso real y en el segundo, concurso ideal" (47). Pero, debemos tener en cuenta que en nuestra legislación este caso de concurso ideal homogéneo no es previsto por el art. 105 debido a que no son dos normas legales distintas.

## 160. Concurso real de delitos.-

### a) *Noción:*

En el art. 108 C.P., nuestro legislador ha considerado que se da el concurso real de delitos, "cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes". La fuente legal de esta disposición es el art. 57, p. 1o. del Código penal holandés, el cual estatuye: "cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros actos independientes y constituyendo varias infracciones ...". La modificación practicada por el legislador nacional, no hace variar el sentido del texto original (48).

Según el art. 38 del Proyecto de 1985 (agosto), se da el concurso real cuando "con más de una acción, (se) comete dos o más hechos punibles, idénticos o no...".

### b) *Pluralidad de acciones:*

De acuerdo a lo expuesto al analizar el concurso ideal (49), consideramos que la pluralidad de acciones es la base del concurso real de delitos. Cada una de esas acciones debe ser independiente, de modo que puedan ser consideradas como infracciones autónomas; y tales acciones pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes).

En todo caso, tal pluralidad de acciones no debe constituir una unidad de acción jurídica (50). Si este es el caso, podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal; mas no de concurso real. Este requisito de la independencia de las acciones se percibe con más claridad si se tiene en cuenta el art. 107, que describe el delito continuado. En él se hace referencia a "actos ejecutivos de la misma resolución criminal" que violen la misma ley penal. De donde se desprende que en el art. 108, se presupone una pluralidad de actos independientes; a los cuales el legislador holandés hacia referencia expresa (51). Además, el art. 116, que contempla la habitualidad en el delito, señala el caso de la comisión de más de tres delitos "cometidos en tiempos diversos e independientes unos de otros". Se trata de una forma de reiterancia, que no es otra cosa distinta del concurso real.

Teniendo en cuenta el sistema de nuestro Código y la fuente legal de las disposiciones que estudiamos, debemos afirmar que con la expresión hechos punibles, nuestro legislador se ha referido a acciones punibles (52). Expresión que no puede entenderse en el sentido de resultados o de violaciones a la ley, como corresponde hacerlo, tal vez, en las legislaciones que se inspiran en el Código italiano de 1889.

Entre nosotros se han cometido errores al analizar esta disposición, ya que no se ha tenido en cuenta que la literatura jurídica extranjera consultada tenía como punto de partida una legislación diferente a la nuestra. Es el caso de **Bramont Arias**, quien luego de admitir que el curso real o material de delitos supone la "pluralidad de acciones y de delitos, y de estimar que para que exista se requiere "pluralidad de acciones independientes", afirma, siguiendo a **Soler**, que " es perfectamente posible un concurso real simultáneo, cuando con una sola acción se realizan varios hechos objetiva y

subjetivamente independientes" (53). La opinión de **Soler** es correcta de acuerdo a la concepción plasmada en el Código italiano de 1889. Debido a esto, este autor argentino puede definir el concurso real diciendo: "Es una pluralidad de hechos (es decir de resultados) independientes y, en consecuencia, una pluralidad de delitos (54).

Se equivoca también **Bramont**, esta vez siguiendo a los penalistas italianos, cuando afirma que se da concurso real a pesar de que no se trate de delitos independientes, sino de delitos conexos. Da como ejemplo, el que "uno de los delitos se haya cometido para realizar o para ocultar otro delito, o también para asegurarse a sí mismo o asegurar a otros el producto, el provecho, el precio o la impunidad del delito". Esta conexión, según él, "no excluye el concurso real, esto es, no quita que aquellos sean considerados como otras tantas acciones y violaciones distintas, y separadamente punibles" (55). Con esta afirmación, **Bramont** se contradice; pues en líneas anteriores reconoce que se da concurso real cuando las "acciones son independientes". La conexión de dos o más acciones delictuosas en el llamado delito conexo es la negación de la independencia de tales actos. De lo sostenido por **Bramont**, se tendría que deducir que, a quien mata para facilitar u ocultar otro delito se le debe reprimir conforme a las disposiciones que prevén las dos infracciones, en concordancia con lo dispuesto en el art. 108 (concurso real). Pero lo cierto es que el art. 152 reprime ese tipo de acción como un sólo delito: asesinato. En esta norma, el legislador ha unificado dos acciones a fin de mejor caracterizar su juicio de desvalor. Por esto, hemos considerado correcto considerar al delito complejo como un caso de unidad de acción (normativamente determinada) (56). Estos ejemplos, nos revelan una vez más la importancia de la perspectiva normativa proporcionada por los tipos legales, para resolver los problemas que ofrece el concurso.

### **c) Concurso real homogéneo y heterogéneo:**

Al decir: delitos independientes, el legislador no se refiere a delitos de diferente naturaleza. El agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito (varios hurtos) o delitos diferentes (un hurto, un homicidio, dos estafas). En el primer caso, la doctrina habla de concurso real homogéneo y, en el segundo, de concurso real heterogéneo.

La solución adoptada por el legislador respecto a la fijación de la pena en el concurso real, permite afirmar que él consideró la posibilidad de que se dé el concurso homogéneo. No señala que el agente será reprimido conforme a la ley que establezca la pena más severa, como en el concurso ideal de delitos (art. 105) (57), sino que ordena la juez tomar como base la que debe pronunciar por el "delito más grave" (58). En el mismo sentido, el art. 38 del Proyecto de 1985 (agosto) estatuye que el agente "será reprimido con la pena del hecho punible más grave. debiendo el juez tener en cuenta los otros para fijar la más severa represión".

### **161. Juzgamiento simultáneo por los delitos en concurso: concurso real retrospectivo, acumulación procesal, reincidencia y reiterancia.-**

En la hipótesis del art. 108, los delitos que se hallan en concurso real deben ser juzgados simultáneamente. Por el contrario, el art. 110 prevé el denominado concurso real retrospectivo; en este en este caso, no se da la simultaneidad del juzgamiento, porque sólo después de que el agente ha sido sentenciado se descubre que había cometido otro delito (u otros delitos).

Del texto del art. 39 del Proyecto de 1985 (agosto), se deduce que no sólo se refiere al concurso real retrospectivo; pues indica que se aplicaran las disposiciones del capítulo referente a la unidad y concurrencia de hechos punibles. Esto resulta contradictorio en relación con la naturaleza de los casos que se regulan (castigar hechos cometidos antes o después de sentencia condenatoria).

El juzgamiento simultáneo del agente debido a que las infracciones que se le imputan se hallan en concurso real, tiene lugar debido a la acumulación de procesos ordenada por el Código de Procedimientos Penales, en los casos de conexión de delitos y de agentes.

Según el art. 1o. de la Ley 10124, del 29 de diciembre de 1944, modificatoria del Código procesal, "la acumulación tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de conexión (59), se ordenará" cuando el agente es autor de uno o más delitos; cuando varios agentes aparecen

inculpados de un solo delito como autores o cómplices; y, finalmente, en los casos de conexiones complejas (pluralidad de agentes y de delitos).

La acumulación es obligatoria en el caso de participación y en el de pluralidad de delitos, sólo cuando no se ha abierto instrucción contra el agente por uno de ellos. Si se ha iniciado la persecución penal por uno o se trata de conexión compleja, la acumulación es facultativa. De modo que el juzgamiento simultáneo de las infracciones en concurso tendrá lugar, con toda seguridad, sólo si la instrucción se inicia contra el autor singular de todas ellas. En los restantes casos, todo depende de lo que decida la autoridad competente, y únicamente "cuando los procesos estén en el mismo estado, y siempre que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de los que ya tuviesen mérito suficiente para ello" (pf. 2o. del art. 1o. de la ley 10124). De no ordenarse la acumulación, se realizarán sucesivos juzgamientos.

El llamado concurso real retrospectivo (art. 110, pf. 1o.), se diferencia del caso de juzgamiento sucesivos (en último lugar mencionado), en que en dicho concurso, al momento de dictarse sentencia contra el agente, sólo se le juzgó por el caso "subiudice", debido a que no se sabía que era autor de otro u otros delitos y a que, en el mencionado caso de juzgamientos sucesivos, no se ha ordenado la acumulación de los procesos, sólo por razones de oportunidad procesal.

Las reglas sobre acumulación rigen en el campo procesal, de modo que sería equivocado utilizar alguna de ellas como criterio adecuado para resolver problemas de concurso de leyes o de delitos (60).

Sin entrar a fondo en la materia, puede señalarse que en este punto parece faltar una cierta armonía entre las normas procesales y las sustantivas; y ello se debe, quizás a que el art. 21 del Código procesal, que reproduce casi literalmente el art. 25 del anterior Código y cuyo esquema conceptual es mantenido en el art. 1o. de la Ley 10124, tiene como fuente legal la legislación francesa, en la cual el concurso está regulado de manera diferente (61).

El agente juzgado por varios delitos, al mismo tiempo, puede ser un reincidente o un reiterante. En el primer caso, los delitos en concurso deben haber sido cometidos después que el delincuente haya sufrido, total o parcialmente y dentro de los últimos cinco años, la pena que se le impuso por un delito cometido antes de los que son materia de juzgamiento simultáneo. El reiterante no se encuentra en esta situación.

El juez al imponer la pena aplicará las reglas de la reincidencia y de la habitualidad en el delito, contenidas en el título XIV del libro primero del Código Penal (62). El concurso real existe; pero la penalidad no será sólo establecida de conformidad al art. 108.

## **162. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de las penas, penas accesorias.-**

En relación a la manera en que ha de imponerse la pena en caso de concurso real, el legislador establece un sistema diferenciado por la naturaleza de la sanción. Cuando las penas a aplicarse son penas privativas de la libertad, él ha adoptado el principio de la absorción. El juez ha de imponer la pena por el delito más grave, y tener en cuenta los demás para aumentarla. Para esto, ha de seguir las reglas de individualización contenidas en el art. 51 del Código.

A diferencia de lo que hizo con el concurso ideal, el legislador ha ordenado al juez considerar, obligatoriamente, los restantes delitos "para fijar la más severa represión". No se trata, sin embargo, de una acumulación de penas; ni tampoco de la creación de un específico marco punitivo; como lo hacía, siguiendo al modelo holandés, en el Proyecto de 1916. En el art. 82 de este proyecto, se establecía que, en caso de penas de la misma clase, se impondrá una sola pena, cuyo máximo "será la suma de las penas correspondientes a los diversos delitos; pero sin que pueda exceder de un tercio sobre el máximo de la mayor"; y en su art. 83, se estatuyó para el caso en que las penas a imponer sean de distinta naturaleza, que se aplicará la más grave, pudiendo ser aumentada hasta en un tercio de su máximo.



De acuerdo a la normativa vigente, el marco legal es el de la ley que reprime la infracción más grave, ya que el legislador tomó a ésta como base para la represión. Razón por la cual el juez no podrá -teniendo en cuenta las restantes - sobre pasar el máximo señalado para dicha infracción específica.

La simple acumulación de las penas correspondientes a cada infracción, conforme al principio "*quot delicta tot poenas*", ha sido siempre criticada debido a que contraría los objetivos de la pena. Este criterio de política criminal es, sobre todo, correcto en relación a las penas privativas de la libertad; pero, no sin razón, ha sido igualmente esgrimido contra la acumulación de penas pecuniarias (63). De modo que resulta injusta la acumulación establecida en el art. 39, pf. 2, del Proyecto de 1985 (agosto). Además, tratándose de concursos retrospectivos, la situación del procesado se vería agravada por el retardo judicial.

El sistema de acumulación fue adoptado, con restricciones por nuestro legislador con relación a la pena pecuniaria. Según el art. 109, "las multas serán acumuladas; sin embargo, su importe no deberá exceder de mil libras, a no ser que para una de las infracciones le corresponda un máximo superior". Esta regla figuraba ya en el proyecto de 1916 (art. 82, pf. 2o.) y su fuente legal es el art. 68 del Anteproyecto suizo de 1915/16.

La solución adoptada por el legislador peruano en relación con las penas privativas de libertad, que se caracteriza por su levedad, es conforme a los antecedentes nacionales. El art. 45 del Código derogado, estatuyó que al "culpable de dos o más delitos se le impondrá la pena correspondiente al delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes". El aumento de la pena debido a esta últimas, era determinada, en detalle, por las normas contenidas en el título II del libro primero; indicándose el número de términos o grados en que variaría. Este sistema de agravantes, así como de atenuantes, no subsiste en nuestra legislación.

Las penas de la parte especial son establecidas mediante la técnica de los márgenes penales y de manera tan amplia, que aparece justificada la solución adoptada por nuestro legislador respecto al concurso real. Como ya lo dijimos al tratar del concurso ideal, estas mismas circunstancias hacen que en la práctica se trate de igual manera ambos casos de concurso (64). Como en el caso de concurso ideal, el legislador deja a la potestad del juez decidir si aplica al agente cualquier pena accesoria y/o medida de seguridad, "aunque sólo esté prevista para una de las infracciones en concurso" (65). Esta redacción es mejor que la del párrafo segundo del art. 105. En éste, se supone que las medidas de seguridad se hallan previstas por una de las disposiciones en conflicto, como sucede con las penas. Pero, en realidad, los casos en que son aplicables están indicados por normas de la parte general, y su imposición depende, en primer lugar, de la personalidad del delincuente y, en segundo lugar, de la naturaleza de la infracción cometida (66).

En el caso de concurso ideal, el legislador se vio obligado a no utilizar el giro que empleó en el art. 108, referente al concurso real, por que quiso ser consecuente con la naturaleza de la institución que regulaba, ya que se trata, en realidad, de un concurso de disposiciones aplicables a una sola acción (de allí la calificación de ideal) y no de un concurso de delitos. En las mismas dificultades debió encontrarse el legislador suizo al redactar los arts. 67 y 68 del Anteproyecto de 1915/16; y en alemán al elaborar el pf. No. 4 del art. 52 del Código Penal (derogado, pf. No. 4 del art. 73). Para una correcta comprensión del art. 105, 2o. pf., debe considerarse que muchas normas de la parte general tienen como función complementar las reglas de la parte especial. Se trata de una técnica de economía legislativa (67).

### **163. Fijación de la pena en caso de juzgamientos sucesivos.-**

Si la represión del delincuente, en virtud de infracciones que se hallan en concurso real, debe tener lugar en "sucesivos juzgamientos" (68), se seguirá, para fijar la pena única, lo dispuesto por el art. 4o. de la Ley 10124, del 29 de diciembre de 1944. Según esta disposición "las sentencias pronunciadas en la primera y siguientes causas por delitos conexos (69), no podrán ser modificadas en cuanto califican la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente; pero las penas y medidas impuestas se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal".

De lo que se trata es, pues, de imponer una sola pena que sea proporcionada a la responsabilidad del agente. El juez no puede acumular las penas. Teniendo en cuenta las circunstancias objetivas del hecho y personales del agente, él deberá aumentar la pena ya impuesta. Es decir, que deberá aplicar las reglas de individualización de la pena para fijar la penalidad refundida. Lo mismo rige en relación a las medidas de seguridad u otras medidas, y a ellas hace referencia el legislador, en la disposición citada, cuando dice "medidas" y "tratamiento único".

La redacción de la norma que comentamos debió ser más simple. Esto pudo lograrse teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 108 y haciendo referencia a que el delincuente no sea castigado con mayor severidad a la que hubiese sido sometido en el caso de ser juzgado por todas las infracciones. De esta manera, se obligaría al juez a observar los límites señalados en el art. 108.

#### **164. Fijación de la pena en caso de concurso real retrospectivo.-**

Para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe, asimismo, tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos. En este sentido, el legislador ha dispuesto que se someterá al agente a un nuevo juicio, por el delito que cometió antes de ser sentenciado y que es posteriormente descubierto, y, "se le aumentará la pena". Se aleja, sin embargo, de esta regla de equidad cuando agrega de que se le podrá aplicar "la nueva pena correspondiente" (art. 110).

De qué depende que el juez se decida por uno u otro extremo de la alternativa, no lo ha señalado el legislador. pareciera que la decisión estuviera supeditada a que la pena no haya sido totalmente ejecutada o que lo haya sido, esté prescrita o que el agente haya sido amnistiado. En el primer caso, se aumentará la duración de la pena; en los restantes se aplicaría una nueva.

La manera cómo debe ser fijada esta pena no es establecida por la ley penal sustantiva ni procesal. La determinación de su duración de modo independiente - sin tener en cuenta la pena anterior-, implicaría, prácticamente, la acumulación de penas en caso de que la anterior haya sido efectivamente cumplida.

No se justifica la agravación de la sanción que implica la acumulación. Este sistema fue, con razón, descartado al elaborarse le art. 108 del Código Penal y el art. 4o. de la Ley 10124.

En el caso de que la ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria haya prescrito o el condenado haya sido amnistiado o indultado, se deberá tener en cuenta la naturaleza de estas instituciones jurídicas al juzgarse al delincuente por un hecho que cometió antes de ser sentenciado; pero que sólo fue descubierto posteriormente. La imposición de la nueva pena ha de considerarse sin tener en cuenta la infracción ya reprimida, porque de lo contrario, en el caso de pena prescrita, puede ser un modo de revivir el extinguido derecho a castigar del Estado; en el caso de amnistía, significaría desconocer que tiene por efecto olvidar el hecho punible a que se refiere; y, finalmente, en caso de indulto, se desconocería la supresión de la represión que éste implica.

Supeditar el tratamiento del concurso real a las contingencias de la acción policial y judicial, no nos parece un criterio adecuado a los fines de la penalidad. Esto, es sobre todo, evidente dentro del sistema admitido por nuestro legislador para la fijación de la represión en los casos de concurso. Por esto, es conveniente sentar como principio rector, que tratándose de concurso real retrospectivo el juez debe evitar de tratar al procesado más severamente que lo hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente. La diferencia sólo se daría en la manera en que el juez proceda. Si en caso de juzgamiento simultáneo, ha de partir de la fijación de la pena más grave y luego aumentarla en consideración a las demás infracciones; en el concurso retrospectivo ha de hacerlo partiendo de la pena ya impuesta y concluir estableciendo una penalidad o tratamiento único; como en el caso de juzgamientos sucesivos (art. 4, Ley 10124).

De aceptarse otro criterio, tendríamos que admitir que la última frase del art. 110 establece una agravación en razón a que el procesado no se autodenunció. Lo que sería absurdo (70). Lo mismo puede decirse si la represión se hiciera depender del hecho que se admita o no la acumulación de procesos.

## 165. Delito continuado.-

### a) Introducción:

A pesar de su origen remoto, la noción de delito continuado no ha sido suficientemente precisada. En doctrina y jurisprudencia, sus elementos son bastante discutidos, así como también su naturaleza; sin incurrir en exageración, Novoa **Monreal** dice que "no hay concepto penal más confuso y anárquico" que el del delito continuado (71).

La intensa discusión en torno a este concepto, no depende de que haya sido o no regulado legislativamente. En los países, en que la determinación de sus elementos ha sido obra de la jurisprudencia, los penalistas han llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son estos elementos; pero discrepan, frecuentemente, respecto a la manera en que debe ser concebido cada uno de ellos. Como ejemplo, basta recordar las discusiones existentes en la doctrina alemana en relación al elemento subjetivo del delito continuado (72). La situación no es del todo mejor en los países en cuyas legislaciones se ha regulado expresamente este concepto penal. La interpretación de las disposiciones respectivas, da lugar a una serie de discrepancias (73). Así, por ejemplo, en Italia los juristas y la jurisprudencia no comprenden de la misma manera lo que significa "un mismo designio criminal" (74).

### b) Naturaleza del delito continuado:

Sobre la naturaleza del delito continuado existen, igualmente, diversidad de criterios. La discusión gira en torno a la determinación de si se trata de una ficción, de una realidad natural o de una realidad jurídica. El primer criterio está "de acuerdo con el origen histórico de la institución" (75), y fue defendido por **Carrara y Bettioli**. Según este último, el delito continuado es el fruto de una ficción legal. Y existe una ficción legal toda vez que el legislador asigna a ese hecho o a un conjunto de hechos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación" (76). Es decir, según **Bettioli**, "cuando el legislador crea una ficción, es consciente de formular una reglamentación jurídica contraria a aquella que es la realidad sustancial de los hechos a regular. *Fictio iuris quam convenit cum veritate*" (77).

Tenemos así que, para **Antolisei**, concebir al delito continuado como una ficción no es conveniente, porque en su opinión "no se puede decir que la unidad entre las varias acciones, que constituyen el delito continuado, sea contrario a la verdad, en cuanto a las acciones mismas no son en la realidad del todo diferentes: ellas tienen un elemento común que las une". De acuerdo con **Massari**, concluye afirmando que "al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica" (78).

En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado (79).

En doctrina también se ha discutido bastante respecto a la incorporación o no, de un elemento subjetivo entre aquellos que deben darse para admitir la existencia del delito continuado. Quienes responden afirmativamente, admiten que junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violada, homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y local), es de considerar un factor subjetivo (80). Esta concepción es, actualmente, la que cuenta con mayor aceptación; aun en Alemania, en donde años atrás la teoría objetiva pura era "preponderante entre los escritores". Así **Mezger** en su Tratado consideró que "este punto de vista objetivo puro, es, en realidad, el único correcto". En su opinión, "ha de exigirse unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada, y en los ataques personales también identidad de persona ofendida" (81).

Tampoco existe concierto entre los estudiosos en relación al fundamento en que se basa la admisión jurisprudencial o legislativa del delito continuado. En Alemania, el Tribunal Supremo ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal; ya que imponer continuado sería un trabajo engorroso, superficial y extremadamente gratuito, que debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto (82).

Actualmente, los autores germanos se inclinan a sostener que la figura del delito continuado más que ventajas ofrece desventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. **Schmidhäuser** propugna su eliminación, alegando que conduce a dictar sentencias en base a meras conjeturas (83).

El fundamento tradicional, y que se halla en el origen de esta figura, consiste en el afán de evitar que el delincuente sea castigado con extrema severidad (84). Este criterio ha tenido su más entusiasta defensor en **Carrara** (85) y fue admitido en la legislación italiana (86).

De acuerdo a la concepción adoptada en nuestro ordenamiento legal, el delito continuado es una ficción jurídica y su admisión significa una atenuación de la pena; debido a que constituye una verdadera excepción al art. 108, que regula la manera de castigar el concurso real. La fundamentación de esta nuestra afirmación, se halla en las páginas siguientes, en que estudiamos los elementos del delito continuado.

### **c) Concepto del delito continuado:**

Según el art. 107 C.P., "cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se consideran como un solo delito continuado y se reprimirán con la pena correspondiente a éste".

La fuente legal de esta disposición es el art. 78 del Código italiano de 1889, cuyo texto es transcrito casi literalmente, salvo en lo referente a la penalidad (87).

De la lectura de la disposición peruana, se deduce, claramente, que el legislador considera como elementos del delito continuado: circunstancias de naturaleza objetiva y subjetiva.

Son de naturaleza objetiva: a) la pluralidad de acciones; b) la pluralidad de violaciones de la misma ley; c) el contexto temporal de realización de las acciones. De carácter subjetivo es la unidad de resolución criminal.

Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) no definen del mismo modo el delito continuado. Por falta de exposición de motivos o de trabajos recientes que ellos hubieran dedicado a este tema, no sabemos cual es su interpretación de la norma que proponen. Esta dice: "cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y con identidad de ocasión, se consideran como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a éste".

### **d) Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones:**

Mediante la expresión actos ejecutivos, el legislador hace referencia a la pluralidad de acciones.

Esta pluralidad debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo (88) y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar de las dos formas de concurso verdadero. Algunos casos de unidad de acción jurídica considerados en la doctrina, especialmente alemana, no deben ser admitidos por la manera como está regulada en nuestro medio el delito continuado. La pluralidad de acciones típicas, constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también, debe existir esta diversidad de acciones. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo al art. 108, delitos independientes. Por el contrario, según el artículo que comentamos, las acciones cometidas están vinculadas, fundamentalmente, por proceder "de la misma resolución criminal" (89).

La expresión utilizada por el legislador "actos ejecutivos" no debe conducir a error, porque no se refiere a la distinción entre acción y acto que formuló primero **Carrara** y que luego ha sido repetida por diferentes autores (90). Hemos sostenido que es preferible, para determinar la unidad o pluralidad de acciones, tener en cuenta el criterio normativo de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que esto signifique desconocer la base fáctica (91).

Tampoco debe confundir al intérprete, el empleo de la palabra acción en el art. 107. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador sólo ha recurrido a ella para referirse la marco temporal en que han "de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal".

**e) Pluralidad de violaciones de la misma ley:**

Si se tratase de una sola acción, mediante la cual se viola varias veces la misma ley penal, nos encontraríamos ante un caso de concurso ideal homogéneo. En esta clase de concurso, como lo hemos establecido antes (92), no existen dudas en cuanto a la ley que debe aplicarse. Tampoco, en relación a la pena, porque de acuerdo al art. 105, el juez, al fijar la pena no tendrá en cuenta la violación de las leyes que se hallan en concurso con la que señala la pena más grave.

Es fácilmente admisible que existe pluralidad de acciones cuando el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones (93).

El segundo elemento es la pluralidad de violaciones de la misma ley. Y aquí, violaciones significa que las acciones se adecuen al tipo legal. El problema crucial estriba en determinar lo que se debe comprender por "la misma ley".

En Italia, en cuyo Código derogado y en el texto original del vigente, se establecía la misma exigencia que en el nuestro, se sostuvieron diversos criterios, con el fin de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados o en delitos simples y calificados. Por esto, **Antolisei** afirma que la determinación de lo que significa "misma ley", "se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos" (94). **Bettiol** sostiene que debe comprenderse como "identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales" (95).

**Manzini** dice que se trata de la "norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tiene carácter integrativo o complementario (96). Por último, base señalar que para **Antolisei**, se trata de la misma "norma incriminadora, comprensiva de las normas que agravan o atenúan el delito por ella revisto, como de las que degradan o atenúan el delito por ella previsto, como de las que degradan el mismo delito de un delito consumado a uno tentado" (97). Esta discusión ha sido superada, en Italia, por la modificación aportada al art. 81 del Código vigente en el sentido de que las violaciones pueden ser de "la misma o diversas disposiciones legales".

En la doctrina alemana, donde se exige como requisito que se viole el mismo tipo legal, se sostiene de que debe comprenderse no en el sentido de que esté previsto en la misma disposición legal; sino más bien de que las diversas acciones atenten contra la misma prohibición jurídico penal (98).

Todos estos criterios no pueden ser aceptados automáticamente para interpretar nuestra disposición. Nosotros debemos tener en cuenta que el legislador nacional ha estatuido, a diferencia del legislador italiano, por ejemplo, que la pluralidad de acciones, que constituyen el delito continuado, "se reprimirán con la pena correspondiente a éste". Es decir, parece que no existiera la posibilidad de que se dé el delito continuado cuando las acciones se encuadren en diferentes tipos legales, aunque impliquen la violación de la misma prohibición o del mismo bien jurídico. De modo, pues, que no podría haber delito continuado si unas acciones constituyen hurto y otras robo; unas coacción y otras secuestro. Teniendo en cuenta estas circunstancias, debería más bien exigirse que todas las acciones "merezcan la misma calificación", sin que su unidad varíe "en razón del grado de la imputación delictiva (delito simple y delito calificado), siempre que la circunstancia calificativa no implique una modalidad ejecutiva materialmente distinta a la forma simple" (99).

Y esta unidad en la calificación delictiva es el factor de carácter legal que vincula las acciones que constituyen el delito continuado. De su presencia se desprende que dichas acciones son en su esencia homogéneas, a pesar de las particularidades que pueden caracterizarlas individualmente (100).

Vinculado al problema de la ley violada, se halla el de la identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En doctrina, se distinguen entre bienes altamente personales y los que no los son. Se excluye el delito continuado, por ejemplo, cuando las acciones constituyen homicidios; se admite, por el contrario, cuando se trata de los mismos atentados contra el patrimonio, la libertad sexual, etc. En el lenguaje de **Núñez**, se trataría de saber si "en el caso de pluralidad de ofendidos, la naturaleza de los bienes lesionados admite esa unidad delictiva" (101).

Sobre el particular no deben adoptarse reglas esquemáticas e inflexibles. El juez debe analizar con mucho cuidado los casos concretos que se le presenten. Ya **Mezger** señaló, refiriéndose, en general, a todo el delito continuado, que sus características "no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio" (102).

Del segundo párrafo del art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto), se desprende que sus autores son de criterio diferente. Tratan de estrechar la aplicación de dicha norma, señalando que "tan regla no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales". El resultado obtenido es claramente insatisfactorio.

#### **f) Realización de las acciones en momentos diversos:**

En relación al contexto temporal en que deben producirse las exteriorizaciones de la misma resolución criminal, el legislador se refiere al "mismo momento de acción, o en momentos diversos". De aquí parecería deducirse que debemos admitir la posibilidad de que las acciones se ejecuten tanto simultáneamente como en momentos sucesivos.

En Italia, algunos autores aceptaron este criterio, en base a que el art. 81 del Código dice "aunque en tiempos diversos". La simultaneidad podía presentarse en caso de una acción y una omisión (103).

Rechazando por inexacta esta opinión, **Antolisei** admite que en relación a las acciones (propriadamente dichas) debe admitirse necesariamente, su ejecución en tiempos diversos, y que sólo en caso de la omisión puede aceptarse su producción simultánea (104).

Entre nosotros, **Bramont Arias** admite completamente el criterio de **Antolisei**. En nuestra opinión, no pensamos que sea necesario hacerlo.

Nuestro legislador se refiere al factor temporal mediante dos expresiones: "mismo momento de acción" y "momentos diversos" (105). De este modo él hace referencia a dos contextos temporales; pero siempre presupone una discontinuidad en la realización de los "actos ejecutivos".

Con la expresión mismo momento de acción, se refiere a un estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete el delito mediante acciones físicamente independiente. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente y tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan.

Con la frase en momentos diversos, se refiere a un estrecho contexto temporal, durante el cual al agente comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente a tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan.

Con la frase en momentos diversos, señala el legislador un contexto temporal amplio, que según los casos puede extenderse a algunos días, meses y hasta años. Sin esta indicación podría llegarse a rechazar el delito continuado en los casos para los que, precisamente, fue admitido. Se trataría aquí de los ejemplos clásicos del cajero que se apodera, en el lapso de un año, de una suma de dinero;

sustrayéndola poco a poco; del adúltero que mantiene sus relaciones extraconyugales durante años; o la del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima una vez por día, durante meses.

En la doctrina penal foránea se consideran como delitos simples los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal. Así **Antolisei**, sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción (106). El interés en sostener este criterio reside en evitar que el autor de un tal comportamiento sea reprimido más severamente (107).

Los juristas alemanes tratan éstos casos como una de las formas de unidad de acción legal (tatbestandliche Handlungseinheit), consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad de acción está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento puramente cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad) (108).

Estas opiniones extranjeras no permiten una correcta comprensión de nuestra ley penal. La interpretación que proponemos, podría facilitar la elaboración de una jurisprudencia más racional y orgánica en nuestro país.

Respecto a la acción omisiva es de tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende, conforme a lo antes expuesto, de si al agente le era posible evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber incurrido en la no ejecución de una primera acción esperada.

En el caso del funcionario de la Policía Judicial que se abstiene de ejecutar diversos mandatos de captura, es de reconocer que incurre en varias omisiones. Desde nuestro punto de vista, diferente al de **Antolisei**, no depende de la unidad de la voluntad criminal.

#### **g) Identidad de resolución criminal:**

Junto al factor legal unificante de las acciones (violación de la misma ley penal), el legislador hace mención a la misma resolución criminal, como factor subjetivo determinante en la configuración del delito continuado.

Esta expresión fue utilizada por el legislador italiano en el Código de 1889. En lo que a exactitud se refiere fue ampliamente puesta en tela de juicio por la doctrina; y, especialistas y magistrados trataron de precisar su significado. En 1930, fue remplazada por la de "el mismo designio criminal" (art. 81). Esta variación no hizo amainar el debate ni cesar las dudas.

En Alemania, como ya lo hemos dicho, los autores y la jurisprudencia discrepan en torno a este elemento subjetivo. Junto con la jurisprudencia, algunos afirman que se trata de un "dolo de conjunto" y otros hablan de un "dolo continuado" (109)

Sin pretender exponer de manera exhaustiva los diversos criterios doctrinales elaborados en torno a este punto, recordemos lo que algunos sostuvieron en Italia, ya que nuestro legislador se inspiró, en este dominio, en el Código de **Zanardelli**. Alimena comentando el art. 79, afirmó que se trataba "de unidad volitiva dirigida a un hecho delictuoso", llegando a identificar "resolución" con dolo (110). El codificador de 1930 criticó la fórmula del Código derogado, diciendo que "no se puede hablar de una resolución única que presida a todas las diversas acciones" (111). A partir del nuevo texto legal, **Bettiol** sostiene que en el "concepto de designio criminoso es determinante el elemento intelectual, en cuanto éste debe ser entendido como un plan, un programa que el agente ha ideado y que realiza sucesivamente en tiempos y en lugares diversos, y aunque en daño de personas diversas" (112).

En relación a nuestro derecho, debemos, en primer lugar, evitar identificar con el concepto de dolo (113) este elemento subjetivo unificante de las acciones en el delito continuado. El agente debe ser culpable por cada una de las acciones; pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito con que haya actuado el agente. Sería, igualmente, equivocado creer que el legislador se refiere al impulso volitivo en que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*). Por el contrario, en el Proyecto de

1985 (agosto), se exige la identidad del móvil. Las acciones u omisiones deberían, según el art. 36, obedecer "a un mismo móvil".

Del análisis que hemos realizado, de los demás elementos del delito continuado se deduce que nuestro legislador ha considerado a las acciones ("actos ejecutivos") como fases de la realización de una misma empresa delictiva. De allí que concluya en el sentido de que se trata de "un solo delito continuado", y que la pena a imponerse sea la del delito cometido (por esto exige que se viole "la misma ley penal"). El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de la presencia de esta última situación, lo constituye la homogeneidad de las acciones; homogeneidad que, a su vez, está condicionada por la unidad de ley violada. De esta manera, aparece evidente la estrecha interrelación existente entre los factores considerados por el legislador nacional.

La interrupción de este factor subjetivo vinculante debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados pueden significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo. Desde esta perspectiva, es posible admitir que la continuidad puede darse en el caso de una pluralidad de acciones culposas (114).

El delito continuado puede consistir en la no ejecución de acciones esperadas (omisión y comisión por omisión); pero deberá considerarse las peculiaridades de las acciones omisivas en la determinación de su unidad y pluralidad (115).

#### ***h) Fijación de la pena:***

La represión fijada por el legislador en el art. 107 para el autor de un delito continuado, es conforme a la manera en que lo concibe y al fundamento histórico de su admisión.

Como lo hemos señalado en relación con el concurso real e ideal, el juez no podrá, en la práctica, dejar de tener en cuenta su naturaleza para fijar la pena. El mismo art. 51, se lo impone. Lo que reafirma nuestra opinión de que los concursos y el delito continuado son tratados de manera semejante (116).

En buena cuenta, la pluralidad de acciones es considerada como la ejecución de un solo delito; por lo que nada impediría, en nuestro derecho, admitir que se trata de una clase de "unidad de acción jurídica". En este punto, se coincidiría con la doctrina alemana que prefiere hablar de una acción continuada (Fortsetzungshandlung).

La unidad del delito continuado, es ratificado por nuestro legislador cuando estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, si el delito fuere continuado, "desde el día en que terminó" (art. 120 C.P.) (117).

### **166. Concurso aparente de leyes.-**

#### ***a) Definición:***

Al estudiar la interpretación, pudimos constatar que uno de los aspectos de la labor del juez, consiste en comprender el sentido de las normas jurídicas y en constatar si la acción a reprimir reúne las notas señaladas en algunos de los tipos legales (118). Es decir, que el juez ha de determinar cuál es la ley aplicable al caso particular. Si concluye que una disposición cubre todo el contenido ilícito y culpable de la acción, quedará descartado el denominado concurso ideal (119). Pero, para llegar a tal afirmación, frecuentemente sucede que el juzgador ha debido decidirse entre varias disposiciones legales, en las cuales, desde un punto de vista formal parecía adecuarse la acción delictuosa. Esto se debe a las especiales relaciones existentes entre los tipos legales, que son el resultado de la técnica legislativa utilizada. Cuando se presenta este caso, los juristas hablan de concurso aparente de leyes. De modo que se da este concurso cuando a una acción podría aplicarse dos o más disposiciones legales; pero de las cuales sólo una será realmente aplicada; ya que las restantes quedan excluidas, debido a las relaciones existentes entre ellas. En la doctrina existe unanimidad en torno a esta



definición (120). Los estudiosos sostienen criterios diversos en relación al nombre que se da a este concurso, o si es o no un verdadero concurso y a los principios que se aplican para resolverlo.

La mayor parte de juristas admite que se trata de un concurso aparente, en razón a que sólo es aplicable la disposición que comprende en todos sus aspectos a la acción criminal. Partiendo de este criterio, se ha llegado a sostener que mejor debería denominársele unidad de ley (*Gesetzeseinheit*). (121)

Algunos otros son de la opinión de que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, realmente y de manera sucesiva, con los tipos legales de las diferentes disposiciones; y que sólo, posteriormente, mediante un proceso mental, se llega a la exclusión de una en favor de otra (122).

Esta discrepancia está vinculada con el punto de vista que se adopte. Es evidente que unos ven el problema en el momento en que se desarrolla la actividad judicial al escoger la norma a aplicarse, y los otros, en el momento de su aplicación. Respecto a quién comete delito de parricidio, no podrá afirmarse que primero cumple con el tipo legal del delito de homicidio (art. 150) y en seguida con el del parricidio (art. 151). Realiza sólo la acción delictuosa descrita por esta última disposición. En la práctica, al juez se le presentarán algunas dudas en la medida en que no haya comprobado, en el hecho a juzgar, la presencia de todos los elementos típicos del parricidio; por ejemplo, el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi*. En otros casos las dudas en cuanto a la tipificación pueden provenir de la incertidumbre sobre los alcances que es de dar al texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, comprobado por el juez que el agente ha causado intencionalmente el incendio de una nave asegurada, con el fin de procurarse un provecho ilegal en perjuicio del asegurador, le resta decidir si debe aplicar el inciso 1o. del art. 246 (estafa mediante incendio o destrucción de cosa o nave aseguradas), el art. 259 (daños), el art. 261 (delito de incendio) o si debe tener en cuenta todas o algunas de ellas. Si estima que una sola de tales disposiciones comprende en todos los aspectos el comportamiento delictuoso, se dirá que dichas disposiciones se encontraban en concurso aparente. Por el contrario, si es de tener en cuenta a todas para llegar al mismo resultado (abarcando cabalmente la acción delictuosa), se admitirá que se hallan en verdadero concurso de normas, denominado concurso ideal y resuelto conforme al art. 105 (123). La solución dependerá de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas.

De allí que algunos autores destaquen claramente el rol de la interpretación en este dominio. **Bettiol** llega a sostener que "este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas (124). **Jescheck** justifica que el legislador alemán, como la mayor parte de los demás, no haya establecido reglas sobre el concurso aparente, debido a que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición, y a que es imposible fijar legislativamente las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa (125).

En Latinoamérica, **Novoa Monreal** sostiene que "el tema ha sido magnificado en exceso por algunos autores. El no debiera tener otro contenido que una referencia a los tipos susceptibles de entrar en asociación con otros y un conjunto simple de reglas de interpretación que permitiera resolver las dificultades" (126). En esta perspectiva, Nuñez trata, en su Manual de Derecho Penal, al concurso aparente como "relaciones de los tipos delictivos" (127).

#### **b) Principios para resolver el concurso aparente, generalidades:**

En doctrina, no existe acuerdo en cuanto al número de principios que orienten al juez en este campo, ni sobre la significación de cada uno de ellos. Generalmente, se mencionan los principios de alternatividad, de especialidad, de consunción y el referente a los hechos anteriores o posteriores impunes. En realidad, estos principios son reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias doctrinales existentes son debidas a que se pretende enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan al momento de interpretar la ley, y de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.

Como hemos visto al estudiar la interpretación, diversos son los medios de que se vale el intérprete para llegar a una correcta comprensión de la norma legal, y los criterios que tiene en cuenta son de

diferente naturaleza; fundamentalmente, lógicos y valorativos. El intérprete no puede recurrir a uno sólo de ellos, pero, sin embargo, los primeros constituyen una guía indispensable.

Por esto consideramos que **Klug** (128) procede correctamente cuando comienza, al tratar de esclarecer tales principios, precisando las posibles relaciones lógicas existentes entre los conceptos. Según él, se pueden dar las siguientes relaciones: a) heterogeneidad: los casos que caen dentro del concepto A no caen en el concepto B y viceversa); c) subordinación: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y d) interferencia: algunos casos que caen en A no caen en B. Estos serían los límites lógicos dentro de los cuales deben estudiarse los antedichos principios. Al consultar la bibliografía, extranjera, especialmente en referencia al tema que estudiamos, no debe olvidarse que los ejemplos frecuentemente discutidos en doctrina pueden no ser útiles en nuestro medio, ya que nuestra ley describe de manera diferente las acciones delictuosas que son analizadas.

### **c) Principio de identidad:**

Ante todo señalemos que dentro de un mismo sistema legal, dos tipos legales no pueden encontrarse en relación lógica de identidad, porque no "tendría sentido" formular dos tipos legales para reprimir el mismo comportamiento. Si el legislador lo hace, incurre en error y su trabajo es inútil y fuente de confusión. Si nos limitamos a nuestro Código Penal, podemos dar como ejemplo el caso del "funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina" (delito de violación de domicilio agravado por la calidad del agente, art. 230, pf. 2), que en idénticos términos es también previsto como un delito de abuso de autoridad en el art. 339. El art. 230 prevé la pena de prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días e inhabilitación de seis meses a dos años, y el numeral 339, prisión no mayor de dos años e "inhabilitación, conforme a los incs. 1 y 3 del art. 27 por doble tiempo de la condena". Esta última disposición es más severa tanto porque no considera la pena de multa como alternativa de la prisión, y porque fija una duración más larga para la inhabilitación. Vemos, pues, que se trata de un evidente error legislativo.

### **d) Principio de alternatividad:**

El principio de alternatividad ha sido comprendido de diversas maneras. Algunos autores sostuvieron que se daba la alternativa cuando los elementos de dos tipos legales eran opuestos; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita (129). En este sentido, la relación lógica es de heterogeneidad (130), por lo que no puede hablarse de concurso (131). **Nino** afirma, correctamente, que lo "mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada alternatividad esa posibilidad está excluida por razones lógicas" (132).

Otros autores, siguiendo a **Binding** (133), han sostenido que se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable, en la medida que la otra no estatuye una pena más grave (134). Según Jiménez de **Asúa**, los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes, y lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Al respecto él acepta que se escoja el que establece la pena más grave, y si son iguales, se determinará por vía interpretativa cuál de ellas protege el bien jurídico más importante (135). El penalista español, cita como ejemplo el concurso entre el pf. 2 del art. 197 del Código chileno, que prevé como delito la falsificación de letras de cambio con perjuicio de tercero, y el art. 468, que contiene el delito de defraudación. Según Jiménez de **Asúa**, "fuera del área se cante está la falsificación como núcleo del tipo que lesiona el bien jurídico fe pública, de una parte, y de otra la defraudación, como rector, que se refiere al bien jurídico patrimonio; y en el área se cante se hallan la falsificación de letra de cambio con perjuicio de tercero y la defraudación con falsificación de letra de cambio con perjuicio de tercero y la defraudación con falsificación de letra de cambio" (136).

La estructura lógica que corresponde al principio de la alternatividad, comprendido a la manera de **Binding** y sus seguidores, es el de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiaridad o al concurso ideal (137).

De acuerdo a la lógica, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto concluiría en un tratamiento favorable del delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto; pues, olvida que los criterios de interpretación no son meramente lógicos, sino también valorativos. De allí que **Klug** sostenga que la diferencia entre especialidad y alternatividad (conforme a **Binding**) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo a la naturaleza vaolrativa (teleológica) del sistema legal (138).

En razón a su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produce, propone **Klug** que la noción de alternatividad sea completamente excluida del estudio del concurso aparente de leyes (139).

Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternatividad, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sean en "considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente" (140).

En nuestro Código, podemos señalar que el art. 246, pf. 1o., en cuanto contempla, junto con otros, el caso de defraudación, consistente en incendiar o destruir una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén asegurados, con el fin de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador, se halla en relación lógica de subordinación con el art. 261 que reprime el delito de incendio. Es evidente que quien ejecuta el comportamiento descrito en el art. 246, No 1, cumple igualmente con el tipo legal del art. 261, pf. 1o.: "El que causare un incendio ..."; por lo tanto, debería reprimirse con una pena más grave. Sin embargo, nuestro legislador ha previsto para el incendio simple la pena de penitenciaría no mayor de 10 años (por tanto, no menor de 1 año) y para la indicada forma de defraudación, prisión no menor de un año ni mayor de seis. Este mismo ejemplo fue dado por **Binding** al tratar de la alternatividad (141); pero, los autores alemanes modernos prefieren ver en él un caso de concurso ideal de delitos (142).

#### **e) Principio de especialidad:**

El único principio respecto al cual casi todos los autores son contestes, es el de la especialidad.

La claridad que existe en su noción y estructura lógica han determinado a algunos legisladores a incorporarlo en su códigos penales. El legislador peruano lo ha hecho siguiendo el modelo holandés. En el art. 106 C.P., él estatuye que "si existiere una regla penal especial para un hecho a que fuere aplicable una disposición general, sólo se aplicar la especial". La fuente legal inmediata de esta disposición es el art. 55, pf. 20., del Código holandés de 1881 (143). El Proyecto argentino de 1891 regulaba, igualmente, de manera parecida el principio de especialidad (art. 78). En el Proyecto de 1985 (agosto), se estatuye que "el precepto especial se aplica con preferencia al general" (art. 8, No. 1).

Antes de entrar a tratar de este principio. es conveniente preguntarse sobre la oportunidad y conveniencia de una disposición como la del art. 106. En primer lugar, observemos que tratándose de una regla sobre concurso aparente de leyes, se halla en contradicción con el nombre del título XIII, en donde ha sido ubicada, "Concurso de varias leyes penales y de varios hechos punibles"; salvo que el legislador haya incluido esta norma considerando que en el antedicho concurso, las normas legales concurren realmente (144). En segundo lugar, es de recordar que los principios para analizar los casos de concurso aparente son, en realidad, reglas de interpretación (145). De modo que su no regulación legislativa no comportaría inconvenientes en la aplicación de la ley. Si se omite el art. 106, el Código Penal no pierde en claridad. Por el contrario, regular legislativamente el principio de especialidad sin hacer referencia a los demás principios, pueden conducir a creer que es el único admisible (146).

Es así que los tratadistas concuerdan en afirmar que se da especialidad cuando "todas las características típicas del tipo general (de la *lex generalis*) se hallan también contenidas en el tipo especial(de la *lex specialis*); pero que éste contiene aún otra u otras características más" (147).

Esta relación de especialidad tiene su origen, generalmente, en el fin que persigue el legislador para mejorar la represión penal. Los tipos legales que él elabora son necesariamente esquemáticos, generales; a partir de ellos, diferencia algunos casos y los trata independientemente. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. El legislador retoma el tipo general y le agrega una circunstancia agravante o atenuante, referente a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente, etc. En nuestro derecho, se encuentran en relación de especialidad los arts. 151 (parricidio), 152 (asesinato), 153 (homicidio por emoción violenta), 155 (infanticidio) frente al art. 150 (homicidio simple); el art. 238 (hurto cometido en calidad de afiliado a una banda, de habitual en este delito o de especialmente peligroso) frente al art. 237 (hurto simple); el pf. 2o. del art. 240 (apropiación ilícita cometida por el agente en calidad de guardador, en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tuviere título o autorización oficial) frente al pf. 1o. de la misma disposición (apropiación ilícita simple); el art. 373 (fabricación ilícita, falsificación o alteración de monedas de muy poca gravedad) frente a los arts. 369 y 370 (fabricación, falsificación a alteración de moneda).

Discrepancias se presentan en relación a determinados casos, en los que el legislador juntando dos tipos legales simples elabora un tercero independiente.

En doctrina se cita el caso del robo en relación al hurto y la coacción (148). Este ejemplo es correcto de acuerdo al Código Penal alemán (arts. 240, 242, 249) o argentino (art. 164 y 166) en los cuales, para la configuración del delito de robo es necesario que se den los elementos típicos del hurto más los de la coacción. En nuestro derecho esto funciona para un caso de los que en forma alternativa preve el art. 239. No sería en relación con el empleo de la violencia, de la amenaza o de la inhabilitación de la víctima "para perpetrar" hurto, ya que, en este caso, no es necesario que se dé el "hurto" para considerar consumado el robo. Basta que el agente haya actuado con la intención de cometerlo. En el segundo caso, en que el agente usa uno de esos medios para conservar en su poder la cosa hurtada, si se presentaría la situación tratada en el ejemplo. El art. 239 dice "el que sorprendido en flagrante delito de robo (hurto)...".

Otro caso de especialidad sería el delito de extorsión en relación con el de secuestro y con el de coacción. Para que se dé el primero, según el art. 249, es necesario que el delincuente obligue a la víctima, mediante violencia o intimidación o manteniendo en rehenes a una persona, a otorgarle u otorgar a un tercero una ventaja pecuniaria a que no tiene derecho (149). Para comprender bien estos casos es de recordar que la estructura lógica de la especialidad es la subordinación, según la cual todo lo comprendido en el concepto A lo está también siempre en el concepto B, sin que todos los comprendidos en B lo estén igualmente en A. Esto no significa que un mismo concepto no pueda estar en relación lógica de subordinación con más de un concepto. En el caso del delito de robo (150), antes citado, se constata que toda acción calificada de robo según la segunda alternativa del art. 239, pf. 1o., es un hurto, sin que lo contrario sea cierto; y que todo robo es un coacción, sin que tampoco lo contrario sea exacto. Por lo que se puede concluir con **Klug** que "si en derecho penal se basa el concepto de especialidad en la estructura lógica de la subordinación, se da la posibilidad a partir de lo afirmado, que un mismo tipo legal se encuentre simultáneamente en relación de especialidad con dos o más tipos legales diferentes" (151). Lo que no podemos olvidar es que el tipo especial debe ser ejecutado únicamente mediante la acción y/o las acciones descritas en el tipo o los tipos generales; esto desde un punto de vista conceptual (152).

Si bien es fundamental tener en cuenta la estructura lógica de la especialidad, no puede afirmarse con **Mezger** (153) que la ley general es dejada de lado en favor de la especial, sólo por un fundamento lógico.

Por otro lado, **Karl Larenz** ha afirmado, correctamente, que esto depende de si mediante la disposición especial, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el lugar de ésta. la respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática (154).

Finalmente, para concluir con el estudio de este principio, nos queda por tratar el caso en que concurren simultáneamente una circunstancia atenuante y otra agravante (155). Obviamente, los estudiosos, no optan por una sola solución, y algunos sostienen que se da concurso ideal, como otros admiten el concurso aparente (156).

En nuestra opinión, no se pueden establecer reglas fijas sobre el particular. Debe más bien analizarse cada caso concreto e interpretarse correctamente las disposiciones en concurso; sobre todo, teniendo en cuenta la naturaleza de las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica. En algunos casos, el mismo legislador resuelve, expresamente, el conflicto; así por ejemplo, nuestro legislador resuelve, expresamente, el conflicto; así por ejemplo, nuestro legislador ha establecido una especial represión (art. 154) para el caso en que se presente simultáneamente la circunstancia agravante del vínculo familiar, propio del delito de parricidio (art. 151) y el estado personal propio del homicidio por emoción violenta (art. 153) (157).

Cuando no existe una solución legislativa, debe tenerse en cuenta el caso particular. Por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que encontrándose bajo la influencia del estado puerperal (infanticidio, art. 155, caso atenuado de homicidio) mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 152, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado).

Creemos que es determinante la naturaleza de las circunstancias que concurren. La atenuación de la represión penal en caso del delito de infanticidio es el estado psicológico de la madre, que es el que conduce a causar la muerte de su hijo. El haber optado por el veneno, como medio letal, no puede primar sobre el estado excepcional en que se halla la madre. Este mismo estado puede haberla decidido a escogerlo. Otro debería ser, sin embargo, el criterio que prime si el agente causa un incendio, mediante el cual pone a sabiendas "en peligro la vida o la salud de las personas" (párr. 2º del art. 261); pero, el daño ocasionado es de "pequeña importancia" (párr. 3º del art. 261). De acuerdo a una apreciación teleológica, es de aplicar la pena de la figura agravada, que protege bienes de mucho mayor valor.

**f) Principio de subsidiaridad:**

Se habla de subsidiaridad cuando de dos o más disposiciones que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación sólo cuando la restante o restantes, que prevén una pena más grave, no son aplicables. Dicha disposición funciona como auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad que se rechacen las otras. Por esto **Sauer**, lo denominó "Eventualität" (158). En torno a esta noción de subsidiaridad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos (159).

Conforme el art. 8, No. 2, "el precepto subsidiario se aplica sólo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiaridad o sea tácitamente deducible". Se trata de una perogrullada que si fuera suprimida en nada afectaría la sistemática del código que la contuviera.

La estructura lógica de este principio es de interferencia. Es decir que al menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B (160). Es el caso del párr. 3º del art. 224 (amenaza de hecho) en relación con el art. 165 (lesiones graves). Según el párr. 3º de aquella disposición, se reprimirá con prisión no mayor de tres años ni menor de seis meses a quien dispara un arma de fuego contra una persona, aunque le causare herida a la que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. En los casos que se dé esta última posibilidad, se aplicará la disposición correspondiente; de lo contrario, entre en consideración la norma subsidiaria.

Estos casos en los que el legislador mismo señala la no aplicación de la disposición que prevé menor pena, se les agrupa bajo la denominación de "subsidiaridad expresa". Diferenciándolos así, de los casos cuya subsidiaridad está determinada implícitamente; debemos comprender aquellos en que el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico (161). Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación a las dolosas; de las infracciones de peligro en relación a las de lesión; de la tentativa en relación a la consumación; de la complicidad en relación a la instigación (162).

**g) Actos anteriores o posteriores impunes, como casos de subsidiaridad:**

También es de comprender como un caso de subsidiaridad el de los denominados "actos anteriores o posteriores impunes". En realidad, esta denominación es equívoca por cuanto no se trata de una

real impunidad. Estos casos son totalmente típicos y culpables; pero no serán reprimidos independientemente porque, mediante interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así por ejemplo, el que hurte una cosa mueble ajena (art. 237) y luego la destruya (art. 259) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito (163) o al que fabrique, importe o conserve en su poder instrumentos útiles a la falsificación de moneda (art. 381) (hecho anterior) y falsifique realmente moneda (art. 369), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.

En tales casos, existe una unidad de valoración, es decir, "que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación al desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico" (164). Por esto sólo ha de admitirse la subsidiaridad en estos casos cuando se viole un mismo bien jurídico (165).

Muchos autores consideran diferentemente los casos arriba mencionados, sin que esto signifique que entre ellos exista uniformidad de opiniones (166).

#### ***h) Principio de consunción:***

En nuestra opinión y de acuerdo al criterio de **Klug**, no es necesario mantener como criterio el llamado principio de consunción. El significado que debe darse a la consunción es muy discutido (167). Es así que **Mezger** consideró que se da un caso de consunción "cuando una ley, que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ellos la aplicación de esta última y la excluye" (168). Los casos que comprende son caso los mismos que hemos agrupado bajo el principio de subsidiaridad, el cual, **Mezger** no reconoce. Lo decisivo es que los casos discutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura lógica de la subsidiaridad. **Klug** lo demuestra exhaustivamente en el trabajo frecuentemente citado por nosotros (169). De modo que no habría base autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente. **Schmidhäuser** opta por una solución intermedia, al tratar el acto posterior o anterior impune como consunción, caso particular de la "subsidiaridad implícita" (170). En contra de estos criterios, se establecen, en el Proyecto absorbe a los que sancionan las infracciones consumidas en aquel".

No consideramos del todo correcta la afirmación de **Bettioli** de que el criterio de consunción, como el de subsidiaridad, ha alcanzado un notable grado de cristalización, por lo que podría ser acogido con tranquilidad (171). Las discusiones que existen en torno a él y su negación por algunos, parecen ser prueba de lo contrario.

En todo caso, el juez, así como todo otro intérprete de la ley, debe tener en consideración de que todos estos principios no son sino tentativas de sistematización de las innumerables posibilidades de relación que existen entre los tipos legales y de interpretación debido, precisamente, a sus características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.

Su la estructura lógica es indispensable para el análisis de los casos estudiados, es evidente que la solución definitiva no se halla únicamente con su auxilio. La apreciación valorativa es indispensable. Así, señalemos por último, la estructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también, a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el otro, lo determina expresamente el legislador, (subsidiaridad expresa) o se decide mediante la apreciación valorativa (interpretación teleológica) (172). De allí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso "in especie".

#### **167. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos.-**

La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia que venimos estudiando debería ser, al parecer, y dados los elementos que hemos mencionado un tanto más precisa. Consideramos así que dos son las razones fundamentales de esta situación: en primer lugar la ausencia de criterios claros y conformes con nuestra legislación respecto a la unidad y a la pluralidad de acción; y, en segundo lugar, la inexactitud con que se procede a la subsunción de las acciones juzgadas.

Esta última deficiencia hace, particularmente, difícil la determinación de si se consideró la existencia de un concurso aparente de leyes, de un concurso ideal, de un delito continuado de un concurso real. No creemos necesario volver a repetir los ejemplos que con anterioridad hemos dado para mostrar esta insuficiencia de nuestra jurisprudencia. Bástenos señalar un caso más, en el que se percibe con nitidez el problema a que nos referimos: en su Ejecutoria del 12 de mayo de 1952 (173), la Corte Suprema declara no haber nulidad en la sentencia recurrida por la que se condenó al inculpado a dos años de prisión por delito de estafa y se le absolvió por falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo que no se había comprobado si el inculpado mismo había falsificado la moneda, medio utilizado para cometer la estafa. El error se halla en que descartada la falsificación (art. 379, C.P.) por falta de pruebas, aún quedaba pendiente la cuestión de si la acción del inculpado se hallaba o no comprendida en el art. 371 o 372 (expendio o puesta en circulación de moneda falsificada). Pues, si se le reconoce como autor de estafa, significa que se ha constatado que era consciente de que empleaba moneda falsificada en la adquisición de la mercancía. En realidad, estamos frente a un caso de concurso ideal de delitos. La acción del agente (comprar mercaderías mediante moneda falsa) se adecua a dos tipos legales (art. 244 y 371), sin que ninguno de éstos la comprenda en toda su extensión. De acuerdo con el art. 105, la pena debería imponerse de acuerdo a la disposición que prevé la más severa, en este caso el art. 371; no obstante, esto no fue considerado por el juzgado.

Respecto a la unidad o pluralidad de acción (nuestra ley se refiere a unidad o pluralidad de hecho), la jurisprudencia no ha superado este problema doctrinario, el mismo que tiene su origen, precisamente, en que los autores, por lo general, no parten del establecimiento de la unidad o pluralidad de acción. Lo que observa, en primer lugar, es si se da uno o más delitos. Así, en la ejecutora Suprema del 8 de noviembre de 1951, se sostiene "que no pueden considerarse como delitos independientes los cometidos para llegar al principal, como es la violación de domicilio para el robo" (174). El criterio implícitamente empleado es el de la vinculación de medio a fin existente entre las "infracciones". Esto se ve claramente en diversas ejecutorias. Por ejemplo, en la del 25 de abril de 1961 (175), se dice "que en el caso de autos la adulteración de los billetes de lotería practicada por los encausados a fin de hacerlos efectivos, constituye el medio para perpetrar el delito previo y sancionado por el art. 244 del Código penal" (estafa); y en la Ejecutoria del 15 de noviembre de 1960 (176), se sostiene "que el homicidio se ha perpetrado como medio para facilitar el robo, siendo de aplicación el art. 152 del Código Penal" (asesinato). En el fondo, lo que se resuelve en este tipo de resoluciones son casos de concurso ideal, o de concurso aparente de leyes, que no son correctamente planteados, porque no se parte del sistema adoptado por nuestro legislador para resolver éste y los otros tipos de concurso. Mas bien parece que se sigue aplicando la solución admitida en el Código derogado, cuyo art. 10, inc. 9, estatúa como circunstancia agravante general la ejecución del "delito como medio de perpetrar otro" (177). Esta disposición debía ser aplicada en concordancia con el art. 45, que establecía que al culpable de dos o más delitos se le debe imponer la pena correspondiente del delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes.

La aplicación de este criterio en el marco de las reglas del Código vigente no puede ser sino fuente de error. De allí que con frecuencia se niegue la existencia de delitos independientes cuando existe relación de medio a fin; esto es: se afirme la presencia de un solo delito, pero, se condena por dos. Por ejemplo, en la Resolución Suprema del 28 de setiembre de 1971, se sostiene que el homicidio para cometer el robo no es un delito independiente, sino que se trata de un asesinato (art. 152). Sin embargo, se declara no haber nulidad en la sentencia que condena al inculpado por delito de homicidio y de robo en agravio del Estado (178).

Un caso extremo de esta confusión lo constituye el dictamen del fiscal supremo transcrito en la Revista de Jurisprudencia Peruana de 1961 (179). Pronunciándose por la nulidad de la sentencia recurrida, afirma que "la inoperancia del art. 105 (invocado por el tribunal correccional) es manifiesta toda vez que su regla rige para los casos en que varias disposiciones penales son aplicables al mismo hecho, lo que no ocurre en el caso subiudice en que se han producido dos sucesos independientes y autónomos ... no se trata de un concurso real de delitos, sino de un delito de tipo complejo o sea calificada a que se refiere la norma del art. 152, en el que el robo es absorbido por la figura principal, vale decir el homicidio". Este tipo de razonamiento revela un desconocimiento de las reglas no sólo doctrinarias sobre el concurso, sino también legales. El caso de homicidio cometido para robar es una sola acción a la cual se podría pensar que deben ser aplicadas tres disposiciones: art. 150 (homicidio), art. 239 (hurto) y art. 152 (asesinato); pero, que al ser comprendida en todos sus aspectos por la última, su autor no puede ser reprimido sino de acuerdo con ella. Toda referencia a

las otras dos es inútil y equívoca. Vale decir, se trata de un concurso aparente de leyes resuelto expresamente por nuestro codificador en el art. 106 del Código penal.

Las veces que la Corte Suprema ha afirmado la existencia de un concurso real, es casi imposible controlar si la aplicación del art. 108 ha sido correcta en relación a la determinación de la pena. Esto se debe, primero, a que los datos mencionados no son suficientes, y, segundo, al sistema de márgenes penales bastante flexibles adoptado por nuestro legislador en la parte especial del Código. En una Ejecutoria del 10. de setiembre de 1970 (180), se impone 7 años de penitenciaría al procesado por delitos de homicidio y de lesiones, en lugar de 6 años fijados por el tribunal correccional. Con este fin, se invocó el art. 108 C.P.; pero si se tiene en cuenta que el art. 150 fija como pena mínima 6 años de penitenciaría y que los lesionados son varios, no se comprende cabalmente que aumente este mínimo en un solo año. Debemos anotar que la manera como se cometieron los delitos lamentablemente no fue descrita en la Ejecutoria (181).

Por la corrección del argumento empleado para rechazar la aplicación del art. 108, merece citarse el dictamen del fiscal supremo que sirve de base a la Ejecutoria del 11 de enero de 1946 (182). Así, se afirma en dicho dictamen que le "Tribunal sentenciador ha incurrido, en primer lugar, en el error de considerar que existen dos delitos, cuando sólo se trata del de tentativa de homicidio, porque las lesiones que sufrió la agraviada no constituyen infracción distinta, ya que se infirieron en el mismo acto y con el propósito de victimarla".

La concepción jurisprudencial sobre el delito continuado tampoco es del todo uniforme y correcto. En la Ejecutoria del 31 de marzo de 1975, se sostiene que "el art. 107 del Código Penal al calificar como delito continuado las varias violaciones de la ley penal en el mismo momento de acción o en momentos diversos ejecutivos de la misma resolución criminal, ha comprendido dentro de dicho concepto lo que en la doctrina se denomina delito de comisión permanente, esto es aquel en el cual el estado de antijuricidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente". Como hemos tenido oportunidad de demostrarlo, este es un caso de unidad de acción determinada por la manera como el legislador ha elaborado cierta clase de tipos legales, por ejemplo, el de secuestro. Pero, no el caso del delito de uso de documentos falsificados, materia del proceso que culmina con la ejecutoria antes mencionada. El art. 107 es útil, justamente, en los casos en que no existe tal unidad de acción.

Cuando la Corte Suprema afirma que "la violación definida y penada en el art. 199 del Código Penal no es por su naturaleza delito continuado" (183), induce a error, ya que parecería suponer la existencia de ciertos delitos que por naturaleza son continuados. Esto es falso, porque según el art. 107, en principio, todo delito podría ser cometido en forma continuada (184). El recurso o la negación del delito continuado en estos, como en otros casos, se debe sobre todo a razones de equidad o de oportunidad en cuanto a la represión. Justamente, en los casos citados se trata de saber si se debe considerar la acción prescrita o cuál es el juez competente.

La notoria divergencia que existe entre la ley y los criterios empleados por la Corte Suprema respecto al concurso de leyes y de delitos, justifica el que hayamos estudiado separadamente las principales Ejecutorias referentes a esta materia. Si no se producen en la práctica judicial graves problemas debido a la incorrecta aplicación de las disposiciones del Código, se debe al sistema adoptado por nuestro legislador respecto a la fijación de la pena en los concursos ideal y real y en el delito continuado; así como, también, a la forma en que ha fijado las escalas penales en la parte especial del Código.

1. Como veremos al estudiar uno de estos casos, no existe unanimidad entre los autores en cuanto a la terminología empleada. Nosotros conservamos la utilizada generalmente en nuestro país.
2. Ver: Comentarios, p. 389, nota a pié de página; comparar con el texto del Código Penal holandés.
3. Diferente: **Bramont**, Código penal, p. 227.
4. Ver: **Cornejo**, Comentarios, p. 390.



5. Art. 81 del Proyecto de 1916.

6. Ver infra No. 163, c.

7. El Proyecto peruano de 1916 contenía la misma regla en su art. 85. Ver: **Bramont**, Código penal, p. 240.

8. **Schmitt**, in ZStW 75 (1963), p. 46.

9. Ver: **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 294.

10. Ver el párrafo (b) siguiente.

11. **Samson** afirma, justamente, que tal concepto no representa sino las condiciones mínimas para determinar la responsabilidad penal y que la noción debe ser distinta porque los fines perseguidos son otros; Systematischer Kommentar, A.T., p. 343; Cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 540. Ver supra No. 78.

12. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 539; **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 288-289.

13. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 539; **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 288-289.

14. In ZStW 75 (1963), p. 46; **Geerds**, Konkurrenz, p. 263, 313-314; **Brunner**, Die Idealkonkurrenz, p. 28-29. Ver: Peña **Cabrera**, Derecho penal, parte general, p. 287.

15. **Bettioli**, Diritto penale, p. 579; **Welzel**, Strafrecht, p. 217; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 305; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 16-17.

16. Strafrecht, A.T., p. 540.

17. Strafrecht, A.T., p. 539-540.

18. Código penal, p. 239. De manera extremadamente confusa desarrolla las mismas ideas al tratar, propiamente, del concurso ideal de delitos; ver: p. 229. De modo semejante, sostuvo **Cornejo** que en este tipo de concurso hay que atender "necesariamente ... al elemento subjetivo", Comentarios, p. 391.

19. Código penal, p. 230.

20. Ver infra No. 159.

21. Código penal, p. 238.

22. Para comprender cabalmente el sistema de nuestro Código, es necesario abandonar tales criterios, elaborados a partir de sistemas legales que no proceden de la fuente de nuestro Código. En las obras de los diversos juristas latinoamericanos, especialmente argentinos, se hallan concepciones parecidas a la sostenida por **Bramont**. El argumento decisivo para ellos es que su ley penal sigue el Código italiano de 1889 en el que justamente se reemplazó el término "acción" por el de "hecho". Caso que no es el nuestro.

23. Ver: **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 17, p. 555; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 541; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 308; **Stratenwerth**, Strafrecht, A. T., p. 315; **Samson**, Systematischer Kommentar, A.T., p. 346.

24. Ver infra No. 160.

25. Ver: **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 307; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 543-544; **Maiwald**, Handlungseinheit, p. 72; **Wessels**, Strafrecht, A.T., p. 143; **Geerds**, Konkurrenz, p. 262.

26. Cf. **Bramont**, Código penal, p. 230. En su libro La ley penal, p. 130, este autor sostuvo, siguiendo a Jiménez de **Asúa**, que esta disposición parecía un caso de concurso aparente de leyes: el de la alternatividad.

27. **Merkel**, in Vergleichende Darstellung, A.T., V, p. 269.

28. **Von Buri**, Beiträge zur Theorie des Strafrechts; **Binding**, Handbuch, T.I., p. 564.

29. Ver supra No. 157.

30. Ver supra No. 157, b.

31. En contra, **Bramont**, Código penal, p. 229. Ver supra No. 157.

32. Ver supra no. 157, c.

33. Ver infra, No. 163, d.

34. Ver infra, No. 158, d.

35. Procès verbal de la deuxième Commission, T.I., p. 391

36. Ver: Procès verbal de la deuxième Commission, T.I., p. 393. Estudiando al Código suizo vigente, **Germann** ha afirmado de que nada se deduce en favor del principio de la absorción de la existencia de un solo acto. Según él, se justifica una pena agravada porque "la voluntad criminal no es abarcada por una sola disposición", Verbrechen, p. 86.

37. Procès verbal de la deuxième Commission, T. I, p. 392. **Lang** recibió el apoyo de **Hafer** (p. 393), quien hizo referencia a que el artículo discutido había sido fuertemente criticado por Franz **von Liszt**.

38. **Geerds**, Konkurrenz, p. 483; **Schmitt**, in ZStW 75 (1963), p. 593; **Niese**, in Materialien zur Strafrechtsreform, T.I., p. 159.

39. Ver: **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 301.

40. Ver: Jugendgerichtsgesetz, art. 31 y 66, in **Dreher**, Strafgesetzbuch.

41. Este criterio primó entre los suizos; figuraba ya en el Código austríaco de 1852 (art. 34-35) y en el Código de instrucción criminal francés (art. 28) y en Francia aparece ahora en el art. 5 del Código Penal.

42. **Geerds**, Konkurrenz, p. 495.

43. **Coenders**, Über die idealkonkurrenz, p. 3.

44. Ver infra No. 58-59.

45. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 301; **Leukauf-Steininger**, Kommentar, p. 212.

46. Una solución como la adoptada por el legislador alemán no sería muy conveniente, debido al sistema de penas de nuestro Código; en especial, por el paralelismo entre las dos penas principales. Según el art. 52, pf. 2, del nuevo Código Penal alemán, en caso de que diversas leyes penales sean

violadas mediante una sola acción "la pena se determinará conforme a la ley que establezca la pena más severa. Esta no podrá ser menor que la aplicable según las demás leyes".

47. Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 7. En relación con nuestro derecho, el ejemplo no es tan oportuno, ya que el art. 151 de nuestra ley fija la pena de internamiento no menor de 25 años para el parricida. Si no se tratara de los hijos del agente, se aplicaría el art. 150, que reprime el homicidio con pena de penitenciaría no menor de 6 años; es decir, que el juez puede imponer hasta 20 años. En este caso, es imposible pensar que el juez no tenga en cuenta ambos resultados para fijar la pena, a pesar de ser cometido mediante una sola acción.

48. La influencia holandesa era más acentuada en el Proyecto nacional de 1916, en el que el legislador distinguía, siguiendo al holandés, entre penas de la misma o diferente naturaleza, para fijar la pena correspondiente. Comparar los arts. 82 y 83 del Proyecto de 1916 con los arts. 57 y 58 del Código holandés.

49. Ver supra No. 158, d.

50. Ver supra No. 157, c y d.

51. Ver supra No. 156, b.

52. En relación con el concurso ideal de delitos, ver supra No. 158.

53. Código penal, p. 238.

54. Penal argentino, T. II, p. 294, 309.

55. Código penal, p. 239.

56. Ver supra No. 157, c. El mismo razonamiento puede hacerse con relación al robo (art. 239): el agente para perpetrar o consumir el hurto, ejerce violencia sobre la víctima, la amenaza con un peligro inminente para la vida o salud o de otra manera la inhabilita para resistir. El agente no podría ser castigado por delito de coacción y hurto.

57. Ver supra No. 158, f.

58. Ver infra No. 162.

59. No se debe confundir esta "conexión" con la "conexión" en caso de delito complejos.

60. Ver infra No. 155.

61. Consultar Mariano H. **Cornejo**, Procedimientos penales, p. 14.

62. Ver infra No. 160.

63. Ver: **Geerds**, Konkurrenz, p. 452 y s.; así mismo, la bibliografía por él citada.

64. Ver supra No. 159.

65. Art. 109, segunda parte. Esta disposición también es de procedencia suiza.

66. Ver, por ejemplo, arts. 41, 42, 43, 44 y 45.

67. **Fincke**, Das Verhältnis, p. 8-9.

68. Ver infra No. 162.

69. El significado de esta expresión es más amplio que el reconocido en derecho penal sustantivo con el fin de designar una clase de delitos.

70. Entre nosotros, **Bramont** sostiene casi el mismo criterio aquí expuesto; aunque sin la claridad debida, pues se refiere, primero, a la "acumulación material" de las penas y, luego, a la "acumulación", Código penal, p. 241-242. La literatura extranjera sobre este problema debe ser consultada teniendo en cuenta que las disposiciones legales estudiadas son diferentes a las nuestras. Respecto al art. 58 del Código argentino, ver: **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 314-316; **Gravier** in Boletín de la Uni. de Córdoba, año III, No. 3, p. 371; **Núñez Manuel**, p. 308-311. En relación al art. 55 del Código alemán, consultar: **Schoenke-Schroeder**, Vorbem, Art. 52, No. 19. Respecto al art. 68, pf. 2o, del Código suizo, ver: **Logoz**, Commentaire, partie générale, p. 295; **Schwander**, Strafgesetzbuch, p. 203.

71. Curso, T.II, p. 269.

72. **Samson**, Systematischer Kommentar, p. 349; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 693; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 314; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 47 y s.

73. Con relación a la insuficiencia de la reglamentación legislativa en la determinación precisa de los contornos del delito continuado, ver: **Geerds**, Konkurrenz, p. 485. Cf. **Stratenwerth**, A.T., p. 328.

74. **Antolisei**, Manuale, p. 409; **Bettioli**, Diritto penale p. 601; **Leone**, Del reato, p. 279; de **Mansico**, Diritto penale, p. 248; **Magno**, Commento, T.I, No 433. Respecto a la jurisprudencia, ver: **Lattanzi**, I codici penali, p. 202-204.

75. **Camargo Hernández**, El delito continuado, p. 33.

76. Programma, No. 520.

77. Diritto penale, p. 594-595. En Alemania, es considerada, generalmente como una ficción, y los autores propugnan su desaparición. Cf. **Schmitt**, in ZStW 75 (1963), p. 60-61; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 328; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 543.

78. Manuale, p. 410; **Massari**, La Dottrine generali del diritto penale.

79. Alimena, Principios, p. 492 y s.

80. Como lo hemos indicado anteriormente, se debate mucho en torno a este elemento; que es designado, por otra parte, de diferentes maneras: unidad de resolución, mismo designio, dolo global (Gesamtvorsatz), dolo continuado (Forsetzungsvorsatz).

81. Tratado, T. II, p. 373. Cf. **Haftner**, Lehrbuch, A.T., p. 347; **von Liszt-Schmid**, Strafrecht, p. 352.

82. RGSE 70, 243, 244, citada por **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 582. Consultar: **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 54.

83. Strafrecht, A.T., p. 728. Consideran incorrecta su admisión desde un punto de vista político-criminal; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 328 y **Jescheck**, Niederschrieben, T. II, Amhang, p. 165; **Schmitt**, in SZtW 75 (1963), p. 61, la juzga como una ficción tendiente a evitar el concurso real y dice que es la "cruz más pesada" en la teoría del concurso.

84. **Soler**, Derecho penal argentino, T. II, p. 302-303. Este autor afirma, correctamente, que "la teoría del delito continuado ha sido por primera vez formulada por Farinaccio, y su razón de ser proviene del propósito de recusar la aplicación de penas extraordinariamente severas, en particular la de muerte, a ciertos casos de repetición del mismo hecho".

85. Programma, No. 514 y 519.

86. Código toscano de 1883, art. 80; Código de 1889, art. 79 y Código de 1930, art. 81, pf. 2.

87. De esta manera, el legislador nacional se alejó claramente del modelo holandés, al que recurrió con cierta frecuencia para elaborar los demás casos de concurso de "leyes penales" y "hechos punibles"; diferente, **Bramont**, Código penal, p. 237.

88. Ver Supra No. 157, b.

89. Ver infra No. 163, f. **Rocco**, en la Relazione Ministeriale referente al Código de 1930, afirmó: "los hechos en continuación constituyen otras tantas acciones distintas; es decir, otras tantas manifestaciones de actividad, y es conforme a los resultados de la psicología deducir que cada una de las acciones, cada proceso ejecutivo sea el resultado de una sola resolución y volición correlativa, de modo que no puede hablarse de una resolución única que presida a todas las diversas acciones", Vol. V, parte I, No. 96.

90. Ver: **Carrara**, Programma, No. 528-535.

91. Ver supra No. 157, b.

92. Ver supra No. 158, e.

93. Sobre el contexto temporal, ver supra No. 157, b.

94. Manuale, p. 407.

95. Diritto penale, p. 598. Ver: Peña **Cabrera**, Derecho penal, parte general, p. 292.

96. Tratado, T.II, p. 668.

97. Manuale, p. 408.

98. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52 ff, No. 38; **Samson**, Systematischer Kommentar, Vor Art. 52, No 37; **Welzel**, Strafrecht, p. 227; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 329.

99. **Núñez**, Manual, p. 315.

100. Esta semejanza en las acciones es admitida también en Alemania; pero de manera más amplia. Ver: **Jescheck**, Strafrecht. A.T., p. 544; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, No. 40; **Samson**, Systematischer Kommentar, vor Art. 52, No. 37. En el sentido expuesto por nosotros, **Núñez**, Manual, p. 313.

101. Manual, p. 315. Ver **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 544; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 583; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52 ff, No. 43.

102. Tratado, t. II, p. 373, esta afirmación es válida aun cuando fue expresada desde un punto de vista puramente objetivo.

103. **Pannain**, Manuale, p. 679; **Vassalli**, in Giurisprudenza Costituzionale 1969, p. 114; **Frosali**, Concorso, p. 387.

104. Manuale, p. 407. Da como ejemplo el caso del funcionario de la policía judicial que se abstiene, con un mismo designio criminal, de ejecutar los diversos mandatos de captura que ha recibido.

105. En páginas anteriores, tuvimos oportunidad de señalar que el término "acción" había sido utilizado para indicar un contexto temporal y no para señalar la posibilidad de que el delito continuado se dé mediante una acción.

106. Manuale, p. 407.

107. El art. 81, pf. 2, del Código italiano, dispone que el agente será castigado con la pena a imponerse por la violación más grave, aumentada hasta el triple. Este no es el caso de nuestra legislación. Al autor del delito continuado se le sancionará con la "pena correspondiente" al delito cometido continuadamente.

108. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 541; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, ff., No. 17-18, dicen que "se trata en cierta manera de la pareja de la acción continuada: La ejecución repetida del tipo legal, en una relación local y temporal estrecha, y la unidad de dolo del agente, hacen aparecer las diversas acciones particulares como una unidad de hecho". La jurisprudencia alemana denomina a estos casos "unidad de acción natural". Además de la bibliografía citada, ver: **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 724-725. Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina alemana llegan, de esta manera, a considerar como delito continuado un conjunto de acciones semejantes, las que constituirían así una única violación de la ley. La diferencia reside, conforme al mismo jurista, en que en el delito continuado falta esa estrecha vinculación local y temporal que caracteriza a la "unidad de acción jurídica".

109. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 544; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 727-728; **Samson**, Systematischer Kommentar, vor Art. 52, No 41. **Welzel**, Strafrecht, p. 219 y 222, trata también al delito continuado como unidad de conducción de vida punible.

110. **Alimena**, Principios, T.I., p. 498.

112. Relazione, vol V, parte I, No. 96.

112. Diritto penale, p. 601. Cf. **Antolisei**, Manual, p. 409; **Manzini**, Trattato, T. II, p. 589.

113. Forma de culpabilidad, ver supra No. 112.

114. Cf. **Bettioli**, Diritto penale, p. 601.

115. Ver supra No. 80.

116. Ver supra No. 158, f.

117. Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo ver supra No. 57 y s. Las consecuencias procesales, por ejemplo, las referentes al efecto de la cosa juzgado o a la competencia, no han sido aún estudiadas en nuestro medio. Señalemos que en el Código de Procedimientos Penales no se hace referencia a este tipo de delito.

118. Ver supra No. 84.

119. Ver supra No. 258, b.

120. **Klug**, in ZstW 68 (1956), p. 399-400; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 558; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 317; **Leukauf-Steininger**, Kommentar, p. 216; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 319; **Welzel**, Strafrecht, p. 226; **Bettioli**, Diritto penale, p. 604; Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. II, p. 532; Novoa, Curso, T. II, p. 284; **Bramont**, La ley penal, p. 121-122.

121. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 559; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 730; **Warda**, in JuS 1964, p. 81.

122. **Schmitt**, in ZStW 75 (1963), p. 45; **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 320.

123. Ver supra No. 158, c. Respecto al delito de incendio, ver: **Hurtado**, Delitos contra la seguridad pública, p. 117 y s.

124. Diritto penale, p. 602. Según este mismo autor, el estudio del concurso aparente debe hacerse después de tratar el concurso de delitos, debido a que sin comprender éste no puede entenderse aquel.

125. Strafrecht, A.T., p. 559; ver: **Samson**, Systematischer Kommentar, A.T., Vor Art. 52, No. 13; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 104.

126. Curso, T. II, p. 282-283; cf. **Etcheberry**, Derecho penal, T. II, p. 121.

127. P. 174-175.

128. In ZStW 68 (1956), p. 403-405.

129. **Von Liszt-Schmid**, Strafrecht, T. III, p. 157-158.

130. **Klug**, in ZStW 68 (1956), p. 404, 409.

131. **Klug**, in ZStW 68 (1956) p. 402, 410.

132. **Nino**, El concurso, p. 64.

133. Handbuch, p. 349.

134. **Welzel**, Strafrecht, p. 206; Jagusch, Leipziger Kommentar, 8a. Edición, Bem. C8 vor Art. 73.

135. Tratado, T. II, p. 541; cf. **Fontecilla**, Concurso, p. 19.

136. En nuestro medio, **Bramont** recurre al mismo ejemplo. Pero, es el caso que los delitos mencionados son diferentemente tratados por nuestra ley (arts. 244, 364). Si bien los verbos típicos son los mismos "falsificar" y "defraudar". El art. 364 no hace depender, a diferencia del art. 197 del Código chileno, la represión de la falsificación de la producción de un perjuicio a un tercero. Esta disposición requiere tan sólo que la falsificación "pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho". De modo que en la zona secante no coinciden como es el caso en el derecho chileno. Si la acción de la falsificación culmina con la realización de una estafa, se trataría, en nuestro derecho, de un concurso ideal. Respecto al caso chileno ver: Cousiño, in Rev. de cien. pen. 1944, p. 5 y 90.

137. Ver supra No. 158.

138. In ZStW 68 (1956), p. 410-411, 414-415. Es interesante notar que **Cousiño** afirma, en relación al ejemplo que comentamos, que las normas citadas por Jiménez, como ejemplos de alternatividad, se hallan en relación de especialidad, ver: Rev. de cienc. pen. 1944, p. 118 a 125. Consultar también la opinión crítica de **Etcheberry**, El concurso aparente, p. 59-60 y 61.

139. In ZstW 68 (1956), p. 415; cf. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 560; **Geerds** Konkurrenz, p. 224; **Schmitt**, in ZstW 75 (1963), p. 52; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 689; **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52 ff. No. 133.

140. **Klug** in ZStW 68 (1956), p. 414; cf. **Mayer**, Strafrecht, A.T., p. 414; **Nagler-Jagusch**, Leipziger Kommentar, 7a. edición, Vorbem III, vor Art. 73, citados por el mismo **Klug**, p. 403, nota 18.

141. Handbuch, p. 349. Cf. **Moesle**, Leipziger Kommentar, 9a. edición, Vorbem Art. 73, No. 53.
142. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Art. 265, No. 12-18; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 333, **Dreher**, Strafgesetzbuch, p. 999.
143. El párrafo 1 de esta disposición es la fuente de nuestro art. 105, referente al concurso ideal. Ver supra No. 158 a y f.
144. Ver supra No. 158, c.
145. Ver supra No. 164, b.
146. El hecho de que el Código italiano de 1930 sólo contemple este principio, art. 79, ha jugado en el espíritu de **Antolisei** un rol determinante, para que considere que sólo tal principio debe ser conservado. Así por ejemplo, considera que no debe admitirse el principio de subsidiaridad porque no "existe disposición legal alguna que lo regule directa o indirectamente", Manuale, p. 114; ver: p. 115 y s.
147. **Mezger**, siguiendo a **Honig**, Tratado, T. II, p. 381; cf. **Klug**, in ZStW 68 (1956) p. 381; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 318; Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. II, p. 533; **Bramont**, La ley penal, p. 131; **Fontecilla**, Concurso, p. 99; **Etcheberry**, Concurso aparente, p. 46.
148. **Klug**, in ZstW 68 (1956), p. 400; Jiménez de **Asúa**, Tratado, T. II, p. 546; **Bramont**, La ley penal, p. 132; **Mezger**, Tratado, II, p. 381.
149. **Bramont**, La ley penal, p. 132; Jiménez de **Asúa**, T. II, p. 543-546.
150. En relación con nuestra legislación, es de tener en consideración la limitación formulada anteriormente.
151. In ZStW 68 (1956), p. 400 y 406.
152. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 318.
153. Tratado, T. II, p. 380.
154. En la primera edición de esta obra, **Larenz** afirmó "no creer que el hecho de que en derecho penal la norma especial desplace sin excepción a la más general, se base, como opina **Mezger**, sólo en la lógica, sino en que la ley penal más limitada valora siempre el hecho como totalidad (en todo respecto), no dejando lugar, conforme al sentido, para una segunda valoración (la del supuesto de hecho más amplio), Metodología, p. 191, nota 66. Con otros argumentos se pronuncia también contra la contemplación puramente lógica de la especialidad, **Hirschber**, Zur Lehre, p. 30-41.
155. En relación con el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes, **Soler** señala con justeza que no se presenta problema, pues, "son reducibles a leyes complejas alternativas, cada una de las cuales lleva de por sí a una sola escala penal", Derecho penal argentino, T. II, p. 187.
156. Ver: **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52 ff., No. 111 y la bibliografía allí citada.
157. Para **Soler**, la solución legislativa es la única correcta, Derecho penal argentino, T. II, p. 187.
158. **Sauer**, Derecho penal, p. 231. Cf. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 52, No. 107.
159. **Stratenwerth**, Strafrecht, A.T., p. 322; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 561; **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 318.



160. **Klug**, in ZStW 68 (1956) p. 404-405; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 561.
161. En este sentido define **Honing** la subsidiaridad, in Studien, p. 113, ver: **Klug**, in ZStW 68 (1956) p. 401; **Schmidhäuser**, Strafrecht, A.T., p. 732.
162. **Blei**, Strafrecht, A.T., p. 319; **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 561.
163. Siempre y cuando la sustracción de la cosa no haya sido cometido para destruirla, ya que el art. 237 estatuye que el agente debe hacerlo con el fin de obtener provecho.
164. **Schoenke-Schroeder**, Kommentar, Vorbem Art. 72 ff. No. 107.
165. **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 106.
166. **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 562-563; **Baumann**, Strafrecht, A.T., p. 687-688; **Geerds**, Konkurrenz, p. 2222; **Maurach**, Strafrecht, A.T., p. 609.
167. Ver: **Jescheck**, Strafrecht, A.T., p. 562 y la bibliografía que cita en la nota 16.
168. Tratado, T. II, p. 382.
169. Ver: in ZStW 68 (1956) p. 407-409.
170. Strafrecht, A.T., p. 735.
171. Diritto penale, parte generale, p. 607.
172. **Klug** in ZstW 68 (1956), p. 409.
173. RJP 1952, p. 2322.
174. In RJP 1952, p. 1730.
175. In AJ 1961, p. 167.
176. In RJP 1961, p. 906.
177. Ver, por ejemplo, la E.S. del 13 de octubre de 1908, in AJ 1908, p. 445.
178. In RJP 1971, p. 1480.
179. P. 906.
180. In RJP 1970, p. 1245.
181. Ver también E.S. del 5 de diciembre de 1968, in RJP 1968, p. 112; del 12 de julio de 1945, in RJP 1945, p. 612; del 11 de noviembre de 1921, in AJ 1921, p. 169.
182. In RT 1947, p. 25.
183. E.S. del 5 de agosto de 1946, in RJP 1946, p. 514.
184. Ver: supra No. 163, "d" y "e".