

METODO DE RESOLUCION DE CASOS PENALES

José Hurtado Pozo

INTRODUCCION

La enseñanza del Derecho requiere, además de la transmisión de conocimientos mediante clases ex cátedra, familiarizar al estudiante con la manera cómo los juristas aplican las leyes a casos concretos. Este aspecto práctico del aprendizaje no debe ser confundido con la “práctica forense”, es decir con la preparación profesional que el futuro abogado, juez, notario, asesor de empresas o de instituciones públicas... adquiere, durante un tiempo determinado, bajo la guía de alguno de esos profesionales. Las Facultades de Derecho no tienen esta finalidad. Se trata más bien de seguir el camino inverso del segundo en las clases teóricas: partiendo de un caso concreto remontar hasta las disposiciones legales y los criterios teóricos que permiten responder a los problemas jurídicos que plantea. Si se trata de una sentencia, de determinar los hechos, comprender la decisión adoptada y analizar el razonamiento de los jueces para aprehender la manera cómo han interpretado las disposiciones legales invocadas.

Los “casos prácticos” son utilizados, en el dominio jurídico, desde hace mucho tiempo y de manera amplia. Entre nosotros, baste recordar que Jiménez de Asúa, inspirándose en los alemanes, difundió esta técnica de enseñanza. Luego ha sido utilizada con desigual fortuna, debido —en parte— a las dificultades materiales y personales (gran número de estudiantes y falta de personal docente capacitado).

En las innumerables sentencias de los órganos judiciales se va concretizando la interpretación “oficial” de las normas legales. Su vigencia está determinada por el hecho de que se tratan de decisiones dictadas por las instancias superiores. De acuerdo con el tipo de proceso varía la autoridad que

decide en última instancia (Salas penales de la Corte Suprema, Tribunales Correccionales de las Cortes Superiores). En nuestro país, por no publicarse regularmente las sentencias de los Tribunales, son las ejecutorias supremas las que van constituyendo la jurisprudencia (criterios autoritativos que dimanen de las resoluciones judiciales). El contenido de las ejecutorias supremas, caracterizado por una insuficiente presentación de los hechos y una deficiente motivación doctrinal, impide contar con una jurisprudencia que cumpla su función de orientadora y unificadora de la manera cómo deben aplicarse las leyes.

En otras palabras, no constituyen fuentes de información especialmente útiles en la medida que no proporcionan los elementos necesarios para, a partir de un caso concreto, ilustrar y hacer explícito el sentido de las normas legales. Estas deficiencias no deben ser, como sucedió en una época no muy lejana, razón suficiente para ignorar las decisiones judiciales. Estas constituyen, en todo caso, muestras de cómo se concretizan los mandatos legislativos y cómo funciona nuestro sistema penal.

Con la finalidad de facilitar a los debutantes su aproximación al dominio del Derecho Penal, ponemos a su alcance dos métodos analíticos. El primero constituye, sobre todo, un conjunto de consejos para mejor analizar sentencias penales. El segundo es, más bien, una guía para responder jurídicamente a las preguntas implícitas en los casos prácticos. Inicialmente, los métodos se aplicarán, en la medida de lo posible, rigurosamente. Sólo pueden “saltarse algunas etapas” los que los han practicado larga y seriamente. Está demás recordar que, con la experiencia, cada uno va forjándose su propio método.

Las metas perseguidas son diversas. Se trata, de un lado, de lograr que los estudiantes profundicen los conocimientos adquiridos en las clases teóricas y, de otro lado, de enseñarles a leer una decisión judicial, a comprender su sentido y a apreciar sus calidades y sus defectos. Esto le permitirá familiarizarse con la terminología y las ideas jurídicas expuestas por los jueces y los juristas con el fin de poder, a su turno, aplicarlas convenientemente.

1. *METODO DE ANALISIS DE UNA SENTENCIA*

En nuestro medio y, en particular en materia penal, el análisis de sen-

tencias judiciales está condicionado por sus deficiencias formales y de fondo. En cuanto a las ejecutorias supremas, resulta indispensable la lectura de los dictámenes del Fiscal Supremo Penal: Sin embargo, éstos no son regularmente publicados. Es de esperar que los vocales supremos se convenzan, algún día, que es necesario fundamentar debidamente sus decisiones. Mientras tanto, no queda sino tratar de sacar el máximo provecho de tales resoluciones, aprovechando sus silencios y contradicciones.

El objeto esencial del análisis es el contenido de la decisión. Este no es sino la respuesta que los jueces dan a los problemas jurídicos planteados.

A) LECTURA DE LA SENTENCIA

La lectura atenta del texto permite determinar los elementos principales de la decisión. Se trata en realidad de hacer una lectura repetida de la sentencia:

Se aconseja una primera lectura lenta y sin tomar notas. Esta lectura permite comprender globalmente los problemas abordados sin examinar detalladamente todos los elementos de la decisión.

La segunda lectura sirve para anotar los elementos esenciales de la sentencia: las ideas, los hechos más importantes, los juicios de valor, los principios jurídicos invocados, las normas legales citadas, etc.

La tercera lectura es indispensable para verificar si no se ha omitido algún elemento significativo o sobrestimado uno de orden secundario.

Esta triple lectura supone necesariamente la clasificación de todos los datos que la sentencia contiene.

B) CLASIFICACION DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA

La clasificación consiste:

Primero, en precisar el caso juzgado; es decir, establecer cronológicamente los hechos que permiten afirmar que se trata de un caso penal: ac-

ción realizada u omisión incurrida, resultado provocado, calidades personales del autor y de la víctima, móviles del agente, circunstancias materiales en las que ha actuado, medios utilizados, etc.

Segundo, en determinar el acto imputable a la persona juzgada o, dicho de otra manera, calificar penalmente el acto cometido por ella. De esta calificación dependerá la pena a imponerse. Con este objeto, se considerará la descripción hecha en la sentencia, las decisiones de las instancias inferiores y los argumentos expuestos por quien —condenado o fiscal— interpone el recurso. No es inútil recordar que las disposiciones legales invocadas constituyen una ayuda preciosa en este nivel del análisis.

Tercero, determinar los problemas jurídicos discutidos en la sentencia. La lectura repetida de las disposiciones permitirá una mejor comprensión. Se trata generalmente de problemas de interpretación de la ley. En realidad, la tarea consiste en desmontar el razonamiento de los jueces y analizar, al mismo tiempo, las referencias doctrinas y jurisprudenciales.

C) COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La lectura de la sentencia y la clasificación de sus diversos elementos constituyen dos etapas indispensables del análisis de la sentencia. Este responde a las tres preguntas siguientes:

1. ¿De qué se trata?
2. ¿Qué se ha decidido?
3. ¿Por qué se ha decidido así?

El comentario propiamente dicho consiste en apreciar la solución adoptada en la sentencia. Se tendrá en cuenta la ley, los antecedentes legislativos, la jurisprudencia, la significación práctica de la decisión, las reformas legislativas pendientes y el Derecho comparado.

2. *METODO DE RESOLUCION DE LOS CASOS PRACTICOS*

A) OBSERVACIONES PRELIMINARES

1. El análisis del caso no se puede hacer sin una cabal comprensión

de los hechos. En caso de duda, se indicará con precisión la hipótesis admitida. Cada elemento deberá ser apreciado en función de su importancia jurídica-penal. Ningún elemento será suprimido. De la misma manera, si el caso presenta vacíos, éstos no serán llenados arbitrariamente. Cuando se trata de una pluralidad de actos y/o de participantes, es de establecer el orden cronológico de los hechos con el fin de comprender claramente su progresión y precisar tanto la situación de las personas concernidas como las relaciones que existen entre ellas. A veces, será incluso necesario señalar la ausencia de ciertas circunstancias que hubieran podido presentarse.

2. A este nivel del análisis, se busca la caracterización jurídica de los diversos aspectos del caso. Antes de entrar realmente en la discusión, se deben precisar, en función de las normas legales aplicables, el o los problemas a resolver.

3. El análisis jurídico será fructífero en la medida en que las preguntas típicas sean bien planteadas. La base de este análisis es la interpretación de las normas escogidas con miras a resolver el caso, así como la constatación de la conformidad del caso concreto con la acción descrita en el tipo legal. La o las soluciones jurídicas propuestas al final del análisis deben ser suficientemente motivadas.

4. Si todo análisis jurídico de un caso práctico supone esas tres etapas de reflexión, debemos adaptar nuestro método de análisis a las características particulares del Derecho Penal. Es casi imposible evitar las anticipaciones y las vueltas atrás. Sin embargo, si el jurista experimentado puede a veces “quemar” etapas, el principiante debería más bien “ajustarse” al método.

5. Según la lógica interna de la explicación relativa a los elementos de la infracción, el método es concebido de tal manera que en ausencia de uno de estos elementos, el estudio del caso puede ser considerado como terminado. De esta manera, por ejemplo, si la antijuricidad del acto desaparece, porque el autor ha actuado en legítima defensa, es inútil analizar la responsabilidad penal o culpabilidad.

6. Los problemas de interpretación se presentan en cada una de las etapas de este método: la interpretación no es más que la determinación, con ayuda de criterios lógicos y de juicios de valor, del sentido congruente de la ley.

Para mejor comprender el proceso de aplicación de la ley, es de tener en consideración:

1. El papel creador del juez está implícito en todo proceso de aplicación e interpretación del Derecho. La adaptación de la ley a la realidad constituye el efecto inmediato de la dinámica propia del condicionamiento recíproco existente entre la ley y los hechos.
2. La aplicación del Derecho implica, además de un aspecto lógico, un elemento de poder que supone el compromiso personal del intérprete poseedor de un bagaje específico de conocimientos y de criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su dimensión lógica, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial, en particular de la premisa mayor (la ley), no concluye necesariamente a un solo resultado. Es corriente, por el contrario, que se llegue a establecer diversos “sentidos posibles” de la ley en cuestión. Esto se debe a la estructura propia del tipo legal (pensado como “tipo” y no como definición o concepto), al carácter abstracto y general de la norma, a la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje y a la evolución constante de la realidad que se busca regular.
3. El “verdadero sentido” o el “sentido justo” de la ley no puede ser justificado como si fuera el resultado de un proceso objetivo, neutro, recorrido con la ayuda de los métodos de la interpretación. Estos métodos (gramatical, histórico, sistemático, teleológico) no están jerarquizados de modo que su aplicación se haga en un orden progresivo y obligatorio. La prioridad dada a uno u otro método depende de las preferencias ideológicas del intérprete de acuerdo con los criterios que inspiran el sistema social y, en particular, el orden jurídico.

Estas preferencias no conducen fatalmente a decisiones arbitrarias, en la medida en que el intérprete, el juez en especial, debe argumentar convenientemente la justificación de su elección. Esta debe ser percibida por las personas como una solución justa y oportuna. Es quizás a este nivel de la argumentación que se deben buscar los elementos que hagan posible asegurar mejor los límites del poder estatal.

4. La interpretación es siempre la misma en los diferentes dominios del Derecho. Es sin embargo comprensible que los fines propios del Dere-

cho Penal y sus medios de coerción (privación y restricción de derechos fundamentales) condicionen substancialmente la aplicación y la interpretación de la ley. El hecho de tener en cuenta estos elementos y el análisis que se haga de los mismos deben ser expuestos y discutidos abiertamente por el intérprete y los críticos de su trabajo. Este es justamente el objetivo y la función de la teoría de la argumentación.

B) LA LEY PENAL APLICABLE

En Derecho Penal, el análisis de un caso permite responder a las siguientes preguntas: ¿La acción realizada constituye una infracción penal? ¿El autor de dicha acción merece una sanción penal?

El primer paso que se impone consiste en determinar si cabe aplicar la ley penal (en la mayoría de los casos el Código Penal) al caso particular. Se trata, en realidad, de una consecuencia lógica del principio de la legalidad: No hay crimen, ni pena sin ley previa (art. 1 CP). El análisis de las dificultades que pueden presentarse respecto a ese tema, supone el examen de todos los elementos fácticos así como la interpretación de la ley. La aplicación de la ley penal nacional resulta generalmente del lugar donde “el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”, más exactamente, donde se produce el resultado (principio de la territorialidad, art. 1 CP; teoría de la ubicuidad, art. 5 CP). En caso de duda, conviene interrogarse sobre la existencia de elementos que pueden vincular el hecho cometido en el extranjero con nuestro país: el titular del bien jurídico atacado es el Estado (principio real o de defensa, art. 2, incs. 2 y 3 CP), el autor del hecho punible es un nacional (principio de la personalidad activa, art. 2, inc. 4 CP), la víctima es un nacional (principio de la personalidad pasiva, art. 2, inc. 4), la infracción atenta contra la humanidad (principio de la competencia por delegación, art. 2, inc. 5 CP y disposiciones especiales). En caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, se aplicará el principio de la ley más favorable (retroactividad benigna, art. 6 CP).

C) ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA INFRACCION

Una vez que se haya determinado la ley penal aplicable, se procederá al análisis de los elementos de la infracción.

¿Qué acción ha sido realizada y por quién?

Primeramente, es de distinguir con precisión los actos relevantes para el Derecho Penal e identificar las personas que los han efectuado; por ejemplo: Pedro sustrae y se apodera de un televisor de propiedad de Juan. Pablo le ayuda a negociar el aparato hurtado. Es decir que debe estudiarse por separado la situación de cada uno. Asimismo, si varios son los actos realizados, el análisis se hará singularmente en relación con cada uno de esos actos.

El comportamiento del autor puede revestir alguna de las diversas formas descritas en los tipos legales:

— Comisión: El autor realiza actos positivos, “hace algo” y viola así una norma prohibitiva; por ejemplo, “no robar”, art. 185 CP.

— Omisión: El autor “no hace algo que debe hacer” y viola una norma prescriptiva que le obliga a ejecutar un acto (“teoría del acto esperado”); por ejemplo, “prestar socorro”, art. 126 CP.

— Omisión impropia (comisión por omisión) (art. 13 CP): El autor omite cumplir un acto exigido por una norma (alimentar un recién nacido) y viola, de esta manera, una norma prohibitiva (no matar a una persona).

En este nivel del análisis, se debe excluir todo evento que no sea un comportamiento humano; es decir, todo hecho que el autor no puede dirigir hacia el fin que se había propuesto. Los sucesos naturales (derrumbe, incendio, avalancha, inundación...) como el comportamiento de los animales (perro que muerde a una persona o destruye una cosa) no interesan al Derecho Penal, salvo que su realización pueda ser imputada a una persona (prender fuego a una casa o incitar a un perro a atacar a un tercero). En este último caso, procede aún preguntarse si dicho suceso había sido dominado o podría serlo por la persona en cuestión. Este no es el caso, primero, cuando la persona, al momento de provocar el suceso perjudicial, estuvo bajo la influencia de una fuerza física irresistible (vis absoluta, art. 20, inc. 6 CP), de un sueño profundo o hipnótico, en un estado inconsciente debido al consumo de una droga (alcohol, cocaína) o, segundo, cuando el daño es el resultado de un movimiento reflejo o instintivo (en el que no interviene para nada la conciencia) (la persona dormida, por ejemplo, hace caer de la mesa de noche la vela que había encendido, produciéndose un incendio). De no darse una de

estas circunstancias, debe plantearse la significación social de la acción en cuestión, pues el Derecho Penal sólo reprime las acciones socialmente dañinas. Lo que justifica que se haga inmediatamente referencia a la tipicidad del acto.

Las circunstancias que impiden considerar el evento materialmente vinculado a una persona como una acción, no deben hacer olvidar que la intervención penal puede darse con relación al acto precedente cometido por el agente y vinculado con tal suceso. Si bien la caída de la vela no era en sí controlable por la persona dormida, es de tener presente, de un lado, que la misma persona fue quien prendió el cirio y, de otro lado, que no lo apagó por haberse súbitamente dormido; hecho que le era posible controlar y evitar. El daño ocasionado (peligro para las personas, muerte o lesiones), abre la posibilidad para examinar si se le puede imputar el incendio, la muerte o las lesiones culposos.

Una vez hechas estas constataciones, el análisis dependerá de la índole del comportamiento en cuestión. Según el art. 11 CP, “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Los actos de comisión y de omisión, tanto dolosos como culposos, presentan diversas particularidades que, conforme a la doctrina predominante, requieren modelos diferentes de análisis. Trataremos, pues, en primer lugar, los delitos dolosos y después los culposos, analizándolos separadamente según la forma de la acción: comisión, omisión propia y omisión impropia o comisión por omisión.

c.1. La infracción de comisión dolosa

c.1.a. La tipicidad

Para determinar los actos que son relevantes para el Derecho Penal, es necesario identificar la disposición penal que prevé su represión: ¿El acto realizado por el autor corresponde a la descripción contenida, por ejemplo, en una de las disposiciones legales de la parte especial del CP (art. 106 ss. CP)? Así, en relación con el acto realizado por Pedro, ejemplo citado líneas arriba, es de comprobar si coincide con el enunciado del art. 185 CP: apoderarse “de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra”.

El acto que no es comprendido por una disposición penal, en virtud del principio de la legalidad no constituye una infracción.

c.1.a.a. El aspecto objetivo de la tipicidad

El elemento esencial del aspecto objetivo es el o los verbos que indican la o las acciones incriminadas en el tipo legal.

Además de constatar si la acción presentada en el caso es la misma que la descrita en el tipo legal, se debe precisar si existe la misma coincidencia en relación con los otros factores objetivos señalados en el tipo legal: manera de actuar, medios utilizados, objeto de la infracción, peligro o daño provocado, calificación especial del agente (funcionario, cónyuge,...).

En caso de delitos de resultado, debe constatarse la existencia de una relación determinada entre la acción y el resultado (daño material, art. 106: muerte de la víctima o creación de un peligro concreto; art. 125: exponer a peligro de muerte a un menor de edad).

Para efectuar esta constatación, tradicionalmente se ha recurrido a la noción de relación de causalidad. Diversos han sido los criterios invocados: primero, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, la acción, de importancia igual a toda otra condición, es causa del resultado si suprimida hipotéticamente su realización el resultado no se hubiera producido. La muerte de Juan se considera causada por el hecho de que Pedro le haya disparado a quemarropa debido a que suprimido este hecho se suprimiría el resultado letal.

Segundo, de acuerdo a la teoría de la causalidad natural, es de verificar si estadísticamente, en un número significativo de casos, un hecho de tal naturaleza provoca el deceso de la persona atacada mortalmente (ley causal general). Conforme a este esquema, fundado en el modelo de las ciencias naturales, parece “natural” considerar como causa de la muerte el acto de disparar sobre la víctima. Por el contrario, si se ignora la causa del resultado, es decir, si el hecho precedente no es aún reconocido como idóneo para provocar el resultado, la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad natural resultan incapaces de explicar la relación de causalidad. Por ejemplo, ¿es de considerar como causa de los daños ocasionados al feto, el hecho que el médico haya prescrito un medicamento que ingirió la madre

durante el embarazo? Dudas surgen igualmente cuando el resultado es efecto de varios sucesos simultáneos. La víctima muere, por ejemplo, apuñalada por tres individuos que actúan al mismo tiempo.

Tercero, según la teoría de la causalidad adecuada es de constatar si de acuerdo al curso ordinario de las cosas y a la experiencia de la vida el comportamiento, disparar con una arma de fuego contra una persona, es propio, de modo general, para provocar la muerte o si, por el contrario, ésta no es sino el efecto de una circunstancia extraordinaria. Se trata, en realidad, de determinar en qué circunstancias el comportamiento del procesado (una de las causas naturales) puede ser considerado como la causa del resultado.

Por último, la teoría de la imputación objetiva propone determinar esta “relación” teniendo en cuenta la naturaleza de las normas jurídicas y su finalidad de proteger los bienes jurídicos. Las denominadas teorías de la causalidad, en la medida en que recurren a elementos valorativos de imputación, constituyen criterios útiles para determinar la imputación objetiva del resultado. Es el caso de la teoría de la causalidad adecuada que, de acuerdo con la concepción tradicional de las ciencias naturales, no puede ser considerada como una teoría sobre la causalidad. La idea de la imputación objetiva supone, de un lado, que el agente, mediante su comportamiento, haya creado un peligro desaprobado o que lo haya aumentado y, de otro lado, que el resultado típico y evitable sea la concretización de este peligro. De esta manera, no se admite la imputación objetiva si el resultado es producido mediante una acción dirigida a disminuir el riesgo para el objeto del delito (Pablo lesiona a Pedro al desviar la piedra que Juan había lanzado contra la cabeza de Pedro). Por el contrario, el resultado será imputado objetivamente al agente que aumenta el riesgo de que se produzca tal resultado (conductor de camión que, por no haber conservado la distancia reglamentaria, atropella a ciclista ebrio que se desplazaba peligrosamente). Tampoco es de aceptar la imputación objetiva cuando el resultado procede de un riesgo permitido para el objeto del delito (esposo que induce a su esposa a desplazarse en avión con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca). Por último, es de señalar el caso en que el resultado se produce fuera del ámbito de protección de la norma penal: por ejemplo, el conductor que, al momento de salir rápidamente de una playa de estacionamiento, provoca un accidente con un segundo vehículo, cuya conductora, persona de edad avanzada, mientras es trasladada a la asistencia pública sufre un ataque cardíaco y muere. En la perspectiva del análisis de la causalidad, se puede afirmar que existe una re-

lación causal entre la muerte y el comportamiento imprudente. Sin embargo, según la tesis de la imputación objetiva, la muerte no puede ser imputada al conductor porque el objeto de la protección violada no es la vida.

En la mayor parte de los casos, sin duda alguna, la comprobación de que el resultado puede ser imputado al autor de la acción no ofrece en general dificultades. El hecho de que el autor haya decapitado con dolo a la víctima o la haya herido, permite que su deceso le sea imputado objetivamente.

Si el autor no logra materializar el resultado querido, nos encontramos ante un caso de tentativa (una forma ampliada de tipo legal).

c.1.a.b. El aspecto subjetivo de la tipicidad

El elemento fundamental del aspecto subjetivo de la tipicidad está constituido por el dolo con el que actúa el agente. Este factor subjetivo no es más definido en el Código Penal; pero en diversas ocasiones se le designa estrictamente o se le señala mediante términos que permiten determinar cómo debe comprenderse. Por ejemplo: en el art. 11 se mencionan “las acciones u omisiones dolosas...”; al definir la tentativa, art. 16, se alude al delito que el agente “decidió cometer”; al indicar las causas que eximen de responsabilidad penal, art. 20, inc. 1, se señala al que “no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”; comete parricidio, art. 107, el que “a sabiendas”; al definir el delito de lesiones, se trata, en el art. 122, del resultado grave que el agente “no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir”. Estos elementos permiten considerar que el dolo supone que el autor haya actuado con conciencia y voluntad.

La conciencia del autor debe comprender los factores que pertenecen al aspecto objetivo del tipo legal. Al momento de actuar, debe saber lo que hace (matar, lesionar, contraer matrimonio, falsificar documentos...), el medio que utiliza (veneno, arma, vehículo motorizado, materiales tóxicos...), el estado de la persona o cosa sobre la que recae su ataque (persona viva, estado civil de la víctima, cosa mueble ajena...). La conciencia que tenga el agente depende de la índole de estos elementos. En el caso de elementos descriptivos (matar, cosa, vehículo...) basta que el agente los haya percibido mediante sus sentidos; por el contrario, respecto a los elementos normativos

(ajenidad de la cosa, estado civil, matrimonio, obscenidad...), el agente debe proceder a formular una apreciación valorativa: de naturaleza jurídica, en el sentido del conocimiento que puede tener un lego en Derecho, o de naturaleza moral, social, en el sentido de conocimiento empírico-cultural general (en el art. 45, inc. 2, se dice que el juez tendrá en consideración la “cultura” y las “costumbres” del procesado). El hecho que, según el art. 14, segundo párrafo, la pena sólo será atenuada en caso de que el agente haya actuado bajo la influencia de un error “vencible” sobre la “ilicitud del hecho punible”, muestra que la conciencia del carácter antijurídico de la acción no es indispensable para el dolo.

Si ignora o conoce inexactamente uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal, se debe aplicar el art. 14, párrafo primero, que consagra el error sobre los hechos (en doctrina, se prefiere hablar de *Tatbestandsirrtum*, error sobre el aspecto objetivo del tipo legal). Según esta disposición, si el error es “invencible” desaparece el dolo y, en consecuencia, el agente no es responsable. Invencible significa que el agente, a pesar de haber tomado las precauciones necesarias, no pudo evitarlo. Si omitió tomar dichas precauciones, puede ser responsabilizado a título de culpa cuando la ley lo prevé expresamente (en concordancia con el art. 12, segundo párrafo).

La conciencia del agente debe comprender, cabalmente, todos los elementos que permiten de imputarle objetivamente el resultado (en caso de delitos materiales o de lesión). Es decir, que debe tener conciencia de que su acción crea o aumenta el riesgo que se concretizará en el daño del objeto del delito. Este problema antes ha sido tratado como conciencia de la relación de causalidad; pero en realidad se trata de un asunto a dilucidar en relación a la imputación objetiva. Esta conciencia existe, por ejemplo, cuando el agente, con dolo homicida, golpea a la víctima y, creyéndola muerta, la degüella para hacer desaparecer el cadáver, pero, en realidad, le causa la muerte sólo en ese momento. El deceso de la víctima concretiza así uno de los riesgos consubstanciales a la acción homicida; el error es irrelevante por su carácter superfluo. Lo mismo sucede respecto al error *in persona* o *in objeto*, en la medida en que la persona o el objeto sobre el que recae la acción son de índole intercambiable. Da lo mismo, en caso de homicidio simple (art. 106), matar a Pedro, creyendo que se trata de Juan, o apropiarse de una casa que pertenece a Juana cuando, en realidad, es de propiedad de Lorenza (art. 185, hurto). También se da el conocimiento suficiente en caso de *aberratio ictus*; es decir, cuando el agente (por ejemplo, debido al azar o su impericia) daña

un objeto diferente al que decidió dañar (tira sobre Juan y, por mala puntería, lesiona a Pedro que lo acompañaba).

La voluntad existe:

— Cuando el autor desarrolla su actividad con miras a ejecutar directamente el acto previsto en el tipo legal. Es decir, en la mayoría de los casos, cuando hace lo necesario para provocar el resultado que se ha representado. Se habla entonces de dolo directo. Ejemplo: Pedro quiere matar a Andrés y dispara sobre él.

— Cuando el agente considera ese resultado como seguro y lo acepta conscientemente como consecuencia necesaria de su acto (dolo indirecto o dolo de segundo grado). Ejemplo: Andrés, para matar a Lucas, hace explotar el coche en el que éste viaja y causa, asimismo, la muerte del chofer. El quiere este último resultado (no deseado) en la medida en que sabe que está necesariamente ligado a la realización del primer resultado (directamente querido).

— Cuando el autor considera probable la producción del resultado y, a pesar de esto, decide actuar o continuar la ejecución de su acto (dolo eventual). Al no renunciar a su acción o no interrumpirla, se conforma o aprueba el resultado. Ejemplo: un conductor circula muy velozmente sobre una carretera estrecha, en cuyo borde caminan algunos niños. No obstante darse cuenta del riesgo de atropellar a uno de ellos, continúa conduciendo a la misma velocidad para no llegar tarde a una cita. De esta manera, quiere el resultado perjudicial al aceptar la producción del resultado que se representa como probable.

El dolo no es el único elemento del aspecto subjetivo de la tipicidad. Lo son además todos los fenómenos psíquicos relativos al agente y considerados por el legislador al elaborar el tipo legal: como los móviles, tendencias, deseos. En el caso del hurto, por ejemplo, es indispensable que el agente actúe “para obtener provecho” (art. 185); en cuanto al asesinato, es necesario, entre otras posibilidades, que el homicida haya obrado “para facilitar u ocultar otro delito” (art. 108); respecto a la rebelión, el agente debe alzarse en armas “para variar la forma de gobierno...” (art. 346). Este elemento subjetivo se refiere a algo que va más allá de la consumación del delito y su realización no es indispensable para la consumación; basta que se constate

su existencia en el espíritu del agente al momento de la realización del comportamiento delictuoso.

c.l.a.c. Tipo legal ampliado

Cuando el comportamiento doloso del agente realiza plenamente la acción incriminada en el tipo legal, significa que el delito ha sido consumado. Sin embargo, la realización incompleta de un tipo legal, generalmente por la no realización del resultado típico, es reprimida, bajo estas condiciones, por la ley penal. Mediante disposiciones de carácter general, se amplía así el tipo legal y se prevé la sanción adecuada. Se trata del proceso de ejecución del delito o de los grados de su realización (*iter criminis*).

— El grado de realización del delito:

El primer nivel de realización es el de los denominados actos preparatorios (por ej., comprar el arma que servirá para cometer un homicidio o el material necesario para falsificar documentos). Estos actos, por no evidenciar de manera clara la voluntad criminal, no son punibles, salvo disposición legal expresa. Por ejemplo: art. 257, fabricar o introducir en el territorio de la República, o conservar alguien en su poder máquinas, cuños o cualquier otra clase de útiles o instrumentos “destinados a la falsificación de moneda”; art. 296, poseer drogas con el propósito de traficar o “comercializar materias primas o insumos destinados a la elaboración” de drogas; art. 325, practicar “un acto dirigido a someter la República...”.

La tentativa se define como “el comienzo de la ejecución de la infracción”. Esta definición supone, primero, una acción dirigida a la realización del delito pensado y, segundo, una imperfección respecto al aspecto objetivo del tipo legal: por ejemplo, la no producción del resultado, la falta de la calidad típica de la víctima (art. 173, la víctima tiene más de 14 años de edad). El primer aspecto comporta la exclusión de la denominada tentativa irreal: búsqueda, por ej., de la realización del resultado mediante brujería. El fracaso de la empresa delictiva, propio de la tentativa, puede deberse a la inidoneidad del objeto del delito o del medio utilizado para su ejecución. En este caso se habla de delito imposible, una forma de tentativa. Según el art. 17, esta tentativa no es punible en caso de “ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiidad del objeto”.

No existen dudas sobre el comienzo de la ejecución del delito si el agente ha realizado parcialmente la acción descrita por el tipo legal (inferir la primera herida con dolo de matar). Este criterio formal-objetivo, aplicado exclusivamente, no es satisfactorio: restringe demasiado la intervención penal. Por el contrario, si se tuviese en cuenta un criterio sólo subjetivo, se ampliaría abusivamente esta intervención: se llegaría a reprimir los simples designios. Por esto, se prefiere, sin desconocer la conveniencia del criterio subjetivo, limitar su aplicación mediante elementos objetivos: comienza a ejecutar un delito quien ha realizado algo que, según su plan criminal, representa el paso decisivo hacia el resultado buscado, a partir del cual generalmente no se vuelve atrás. El aspecto subjetivo de la tentativa es el mismo que el del delito consumado: el agente actúa con la misma resolución delictuosa.

Los artículos 16 y 18 CP distinguen dos circunstancias por las que no se consuma la infracción. En el art. 16 se considera, de manera clara, que esto sucede por la intervención voluntaria del mismo agente: se desiste de continuar o impide la realización del resultado. En el art. 18, por el contrario, se tiene en cuenta, implícitamente, un suceso exterior al agente que le impide continuar su acción criminal u obstaculiza la materialización del resultado. Las dos primeras formas tratadas en las dos disposiciones citadas constituyen casos de tentativa inacabada (la acción delictuosa queda en sus inicios: tentativa simple y desistimiento) y los otros dos son formas de tentativa acabada (el agente hace todo lo necesario para la consumación: delito frustrado y arrepentimiento activo). Cuando la consumación no tiene lugar debido a la intervención voluntaria del agente, el agente sólo será castigado "cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos". Es decir que estas formas de tentativa tampoco son punibles. La atenuación es obligatoria cuando el delito no se consuma contra la voluntad del agente.

Si se sigue la terminología tradicionalmente utilizada, inapropiada por su ambigüedad, se puede decir: en caso de simple tentativa, el autor empieza la ejecución de la infracción sin proseguir, por razones ajenas a su voluntad, hasta el final su actividad delictuosa. La hipótesis de delito frustrado se realiza cuando el autor prosigue su actividad hasta el final sin lograr, contrariamente a su voluntad, el resultado necesario para la consumación de la infracción (por ej.: el asesino dispara y lesiona a la víctima, pero ésta no muere). El autor incurre en arrepentimiento activo cuando, después de haber hecho lo necesario para alcanzar el resultado, por propia iniciativa impide o contribu-

ye a impedir su realización (por ej.: administrar veneno a una persona y, de motu proprio, darle un antídoto antes de que la poción haga efecto). El agente se desiste cuando luego de comenzar la ejecución de la infracción, por propia iniciativa no continúa con su actividad delictuosa. Comete delito imposible cuando intenta realizar un crimen o un delito por un medio o contra un objeto de tal naturaleza que su perpetración es absolutamente imposible (por ej., intentar realizar un aborto dando a una mujer encinta jarabe contra la tos).

— El grado de participación en la ejecución del delito:

Siguiendo la misma técnica legislativa que con respecto a la tentativa, se ha extendido la aplicación de los tipos legales, previstos en primer lugar para reprimir la realización individual del delito. El legislador ha descrito generalmente los actos delictuosos como la obra de una persona. Es autor el que realiza personalmente todos los elementos constitutivos de una infracción. En la práctica sucede a menudo que varias personas, de cerca o de lejos, directa o indirectamente, están implicadas en la comisión de un acto delictuoso. Es entonces indispensable establecer el grado de participación de cada una de ellas. Estos problemas de participación sólo se presentan respecto a las infracciones dolosas. De este dominio se excluyen los casos de la denominada participación necesaria o codelinuencia: por ejemplo, tomar parte en una “conspiración de dos o más personas” para cometer rebelión, sedición o motín (art. 349); amotinarse con el fin de evadirse de un establecimiento penitenciario (art. 415).

En esta perspectiva y de conformidad al Código Penal, Libro Primero, Título II y Capítulo IV, es de distinguir entre “autoría y participación”. Si una sola persona ha consumado o tentado la realización del delito, se trata de un autor individual. Autor es el que, teniendo el dominio del hecho, realiza la acción típica. No basta, en consecuencia, comprobar que el comportamiento tiene, total o parcialmente, la forma de la acción típica (criterio formal-objetivo). Para distinguir los grados de participación resulta necesario tener en cuenta el aspecto subjetivo.

Cuando dos o más individuos, sin realizar necesariamente actos de ejecución, se asocian a la decisión de ejecutar la infracción, con tal intensidad que hacen suya su realización, se admite que son coautores. Su participación es principal, en razón al *animus auctoris* con que han actuado. En este senti-

do debe ser interpretada la fórmula del art. 24: “los que lo cometan conjuntamente”. Por el contrario, al cómplice cuya voluntad se encuentra subordinada a la del autor principal y que no tiene sino el *animus socii* (de limitarse a ayudar al autor principal en la comisión de la infracción), se le considera como participante secundario (art. 25 CP: prestar auxilio para la realización o prestar asistencia). Se le da la misma calificación al instigador: éste intencionalmente suscita en otro (el instigado) la conciencia y la voluntad de cometer una infracción (art. 24 CP: determinar a otro a cometer el hecho punible).

Con el fin de reprimir a cada participante según el grado de su responsabilidad o culpabilidad, la ley (art. 26 CP) consagra el principio según el cual las cualidades o circunstancias personales especiales que sólo aumentan, disminuyen o excluyen la pena (por ej., la imputabilidad limitada, la emoción violenta, el móvil del lucro), no afectan más que al coautor, al instigador o al cómplice concernido por dichas calidades o circunstancias.

c.1.b. La antijuricidad

La constatación de la tipicidad del acto (es decir, su conformidad con uno de los tipos legales) no implica necesariamente su carácter ilícito. Por razones de técnica legislativa, la determinación de este último se reduce —en la práctica— a la comprobación de la existencia de alguna de las causas de justificación; la presencia de una de estas circunstancias hace que la acción típica sea lícita. La tipicidad, en razón a que supone la violación de una norma prohibitiva o preceptiva, sólo constituye un indicio del carácter ilícito del comportamiento ejecutado. Se trata, en buena cuenta, de un problema de justificación. No es suficiente que, objetivamente, se den todos los factores que caracterizan a una circunstancia justificante. Es igualmente indispensable que el agente haya obrado sabiendo y queriendo cometer un hecho lícito.

Las circunstancias de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico. El Código Penal no las prevé, en consecuencia, de manera exhaustiva. Como “causas que eximen... la responsabilidad”, el Código regula, en el art. 20: la legítima defensa (inc. 3); el estado de necesidad (inc. 4); actuar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (inc. 8); el consentimiento de la víctima (no siempre suficiente) (inc. 10). Además de estas circunstancias legales, existen las denominadas circunstancias justificantes supralegales; por

ejemplo, el consentimiento presunto, caso en que el agente debe actuar en salvaguarda de los intereses de la persona afectada (gestión de negocios sin mandato).

La legítima defensa puede ejercerse a título personal o en favor de un tercero. Siempre supone la existencia de una agresión ilegítima (contraria al ordenamiento jurídico), actual o inminente (pues, es de impedirlo o repelello). El medio empleado debe ser racionalmente necesario de acuerdo a todas las circunstancias personales y materiales del hecho. Para evitar abusos, la ley dispone que el agresor no haya actuado impulsado por la provocación suficiente de quien “hace la defensa”. Esta precisión permitiría pensar que el tercero podría defender al agredido aunque éste haya provocado el ataque. Si la defensa personal es un derecho, el defender a otro sería sólo un deber. Además, se reconoce que la diferencia de importancia entre el bien que se salva y el que se daña no debe ser excesivamente desproporcionada.

El estado de necesidad justificante comporta salvar un bien jurídico de mayor valor en detrimento de otro menos importante (dañar el patrimonio para salvar una vida). El peligro que da lugar al estado de necesidad debe ser “actual e insuperable”, sin perjudicar un bien ajeno. El autor de este perjuicio, típico, puede haber actuado para conjurar dicho peligro que lo afecta o que amenaza a un tercero. Es decir, el peligro tiene que ser inminente o actual. El bien a salvar debe ser, en consideración a todas las circunstancias del caso, prioritario en relación al bien que debe dañarse. Con este objeto, debe tenerse en cuenta la importancia de los bienes en conflicto y la intensidad del peligro. Por último, es indispensable que el medio empleado para conjurar el peligro sea “adecuado”. Este aspecto está estrechamente vinculado al hecho de que la protección del bien en peligro no sea posible de otra manera (que la de dañar un bien jurídico de un tercero inocente).

El inciso 8 del art. 20 CP, sólo constituye una norma de reenvío a otras normas. Esto es evidente en el caso del acto ejecutado por “disposición de la ley”. El deber, derecho, cargo u oficio, en el ejercicio del cual se ejecute el hecho típico, necesita estar previsto en el ordenamiento jurídico. De esta manera, se establecen los límites dentro de los cuales pueden ser ejercidos: por ejemplo, la detención practicada por un policía o el uso de su arma de fuego deben basarse en una reglamentación. Un caso específico de cumplimiento de un deber es el de obrar “por orden obligatoria de autoridad competente”. Pero esta obediencia no es absoluta: quien debe actuar tiene la fa-

cultad de apreciar si la orden es conforme al Derecho. Esta apreciación se efectuará determinando si quien ordena actúa “en ejercicio de sus funciones” (art. 20, inc. 9).

El consentimiento de la víctima constituye circunstancia justificante a condición, de un lado, que sea “válido” y, de otro lado, que su objeto sea un “bien jurídico de libre disposición”. Es válido cuando es otorgado por una persona capaz de discernimiento y suficientemente informada sobre los riesgos que comporta la comisión del hecho que debe autorizar. En fin, la persona interesada debe expresar su consentimiento de manera explícita, clara y previa a la realización del acto perjudicial a sus intereses.

c.1.c. La responsabilidad o culpabilidad

El carácter típico e ilícito del acto (por ejemplo, matar a una persona, apropiarse de una cosa ajena) no basta para imponer una pena al agente. El agente no puede ser reprimido por todas las consecuencias de su acción ilícita (responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*). La constante subjetivización del Derecho Penal condujo a consagrar el principio de la culpabilidad como fundamento y límite de la punición. Fuertemente criticada la noción de culpabilidad, desde hace un tiempo, se busca eliminarla, cambiar su contenido o sustituirla por otro criterio. En el nuevo Código Penal se prefiere hablar de “responsabilidad penal” (art. VII, 20, 45, 46). Por la manera como, en el desarrollo de los trabajos de reforma, se fue reemplazando el término culpabilidad por el de responsabilidad, no se puede concluir que se trata de una noción radicalmente distinta. Es de comprender más bien que se busca recepcionar la tesis que preconiza la renovación de las categorías penales teniendo en cuenta criterios de política criminal. El empleo del vocablo responsabilidad, más neutro que el de culpabilidad y que recuerda —sin significar lo mismo— la “responsabilidad social” de los positivistas italianos, se orienta hacia la atenuación del aspecto ético individual en favor de una apreciación sobre todo social. De este modo, se tendría mejor en cuenta la “corresponsabilidad” de la sociedad respecto a la acción delictuosa del agente. De esta manera, es de entender el texto del art. 45. De manera imprecisa se dice que, al “momento de fundamentar y determinar la pena”, el juez deberá tener en cuenta, primero, las “carencias sociales” que hubiere “sufrido” el autor (¿por qué no también los privilegios sociales que hubiere gozado?); segundo, “su cultura y sus costumbres”; y, por último, “los intereses de

la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”. Fundamentar significa justificar la punición y determinar, escoger el tipo de pena que es de imponer (privativa de libertad, restrictiva de derecho, multa...) o el medio para evitarla (suspensión de la ejecución, reserva del fallo condenatorio). Una vez escogida la pena, se procedera a la individualización de acuerdo a la responsabilidad del agente y a la gravedad del hecho cometido. Con este objeto, el juez tendrá en cuenta, como ya lo establecía el Código derogado, la serie de factores ambivalentes enumerados en el art. 46 (el art. 51 del Código derogado hablaba de culpabilidad y peligro del agente; esta fórmula ha sido reemplazada por la de responsabilidad y gravedad del hecho punible).

*c.l.c.a. La ausencia de circunstancias de no responsabilidad
(no - culpabilidad)*

La constatación de la responsabilidad penal supone la imputación subjetiva del hecho punible al agente. Es una condición mínima para considerar que la acción es obra suya. Dicho de otra manera, resulta así posible atribuirle el hecho cometido. De esta manera se confirma que el Derecho Penal es un Derecho concerniente al acto individual y no a un determinado modo de vida, a la persona individual tomada en su contexto social y no a un prototipo imaginado. La imputación subjetiva es admitida cuando se comprueba que no existe una circunstancia excepcional que impide establecer esa relación. Se trata de las circunstancias que, tradicionalmente, han sido consideradas como circunstancias de no culpabilidad. Es el caso del estado de necesidad (art. 20, inc. 5), en el que el bien jurídico salvado no es de mayor valor que el dañado. Pero, este daño resulta de un peligro que no puede ser “evitado de otro modo” por el agente y éste no está obligado a aceptar o soportar dicho peligro. La disposición citada establece dos restricciones: la primera, el peligro debe concernir a ciertos bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad), y la segunda, la intervención en favor de bienes de terceros supone que el agente tenga “estrecha vinculación” con ellos. Lo mismo es de aceptar respecto al hecho de obrar compelido por una fuerza física irresistible (art. 20, inc. 6) o por miedo insuperable de sufrir un mal igual o mayor al que está obligado de cometer (art. 20, inc. 7). Estos dos casos constituyen, en realidad, casos especiales de estado de necesidad *lato sensu*. En cuanto a los casos “extremos” en los que el agente sobrepasa los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad, es de considerar que

se tratan, en buena cuenta, de circunstancias que impidan atribuir el hecho punible al agente. Este incurre en un error de apreciación sobre la necesidad de su acción, y obra, en consecuencia, en la falsa creencia que actúa lícitamente. De modo que se trata de errores de prohibición (evitable o inevitable) que deben ser tratados de acuerdo al art. 14, párrafo segundo. Utilizando la misma técnica defectuosa del Código derogado, el art. 21 del nuevo Código dispone, de manera indiscriminada: “cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

c.1.c.b. Condiciones de la responsabilidad penal

Admitir la responsabilidad del autor significa formular en su contra, teniendo en cuenta su situación social, un juicio negativo sobre la manera como ha actuado. Se trata de una censura, de un reproche. La formulación de este juicio supone las siguientes condiciones:

c.1.c.c. La capacidad penal del agente

Una persona es penalmente capaz cuando posee tanto la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto como la de determinarse según esta apreciación. Así, está en condiciones de motivar su comportamiento de manera correcta. Se admite que el autor es inimputable cuando, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción, no posee una de esas dos facultades (art. 20, inc. 1). Si estas facultades sólo han disminuido, el agente es capaz en forma limitada. En la práctica, el juez decide, previo peritaje, si el procesado actuó siendo plena o limitadamente imputable. Sin embargo, por tratarse de una noción normativa, el juez no está obligado a seguir la opinión de los peritos. En la práctica y de acuerdo a la ley, se parte de la presunción de que toda persona es capaz penalmente.

Los menores de 18 años (art. 20, inc. 2) no son incapaces penales. En razón a su personalidad y situación social se encuentran sometidos al Derecho Penal de menores. Para determinar a qué medidas serán sometidos, se tendrá también en cuenta su capacidad de comprender y de determinarse.

c.1.c.d. La conciencia (potencial o cognoscibilidad) del carácter ilícito del acto

Según el art. 14, párrafo segundo, la responsabilidad penal no comprende la conciencia del carácter contrario al orden jurídico del acto. Si, omitiendo de tomar las precauciones necesarias para evitarlo, el sujeto actúa creyéndose con derecho de hacerlo como ha procedido, el juez podrá imponerle una pena atenuada (error vencible sobre la naturaleza ilícita del acto). Si el error es invencible, la responsabilidad penal desaparece. En doctrina, se prefiere hablar de error de prohibición (del alemán *Verbotsirrtum*); es decir, error sobre el carácter prohibido del acto.

c.2. Delito de omisión doloso

La distinción entre una acción comisiva y otra omisiva, en ciertos casos, puede ser problemática. La omisión tiene un carácter subsidiario. Sólo será admitida después de excluir la posibilidad de que se trate de una acción comisiva.

En la mayoría de los casos se constata fácilmente si se constituye una acción comisiva: el agente dispara sobre la víctima, la apuñala, sustrae una cosa mueble ajena, hace sufrir el acto sexual a una mujer, etc. Igualmente, cuando el autor de un accidente se aleja sin ayudar al peatón atropellado, la omisión de socorro es evidente. Sin embargo, en ciertos casos límites, la diferenciación es difícil: el ciclista que, de noche, conduce una bicicleta sin faro y atropella a una persona, debe ser castigado por haber utilizado un vehículo no reglamentario o por haber omitido instalar un faro en su bicicleta. Asimismo, el fabricante que da a sus obreros materias primas infectadas, será reprimido por haber suministrado sustancias peligrosas para la salud o por haberse abstenido de desinfectarlas. Según la doctrina predominante, es necesario considerar el aspecto decisivo del comportamiento, *in casu* el hecho de conducir una bicicleta no reglamentaria o de proporcionar sustancias tóxicas. Para mejor comprender el problema, se procede a constatar si el resultado ha sido o no causado mediante una acción comisiva objetivamente típica (criterio de la causalidad). En caso de respuesta afirmativa, es de determinar si el autor actuó dolosa o culposamente, pues, en estos casos, sólo la acción comisiva es relevante para los efectos de la valoración jurídico-penal. Por último, en caso de comprobarse que esta acción comisiva (dolosa o

culposa) es adecuada socialmente, conforme al derecho o no culpable, resta interrogarse si el agente se ha abstenido de realizar una acción comisiva esperada mediante la cual hubiera evitado el resultado. Es decir, la omisión sólo puede ser definida con relación a una determinada acción exigida normativamente.

La omisión es raramente reprimida: el Estado sanciona excepcionalmente la no ejecución de un acto determinado (omisión de prestar socorro, arts. 126 y 127; no cumplir con la obligación de prestar alimentos, art. 149; omisión de comunicar al directorio... la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica, art. 198, inc. 6; omisión de comunicar a la autoridad la comisión de delito, art. 407). El autor será castigado por el solo hecho de no haber realizado lo que el Estado esperaba de él (omisión simple). Sin embargo, la doctrina admite, desde hace tiempo, que casi todas las infracciones concebidas legislativamente como comportamientos de comisión pueden ser realizadas mediante un comportamiento de omisión: por ej., la madre que mata a su hijo privándole de alimento. Se habla, en este caso, de omisión impropia o de comisión por omisión (ver c.3).

c.2.a. La tipicidad

c.2.a.a. El aspecto objetivo de la tipicidad

El aspecto objetivo de la tipicidad comprende las siguientes condiciones:

— Existencia de la situación descrita en el tipo legal (circunstancias particulares de las cuales surge el deber de actuar): por ej., peligro de muerte o de grave e inminente daño para la salud de una persona (arts. 125, 126); obligación de prestar alimentos establecida por resolución judicial (art. 149).

— Ausencia de la acción esperada. Esta constituye el contenido de la obligación implícita de actuar y prevista por la ley penal: por ej., prestar asistencia a la persona en peligro. Cuando el agente, infructuosamente, ha tratado de realizar la acción esperada, la tipicidad de la forma dolosa no se da.

— Posibilidad concreta de que el agente realice el acto ordenado por la norma. Se trata de un poder de hecho; es decir, el agente debe tener, en consecuencia, la capacidad física y psicológica para cumplir la obligación de actuar (por ej., poseer los conocimientos necesarios para auxiliar a una persona herida o los medios para llamar a un médico para que la socorra).

Las infracciones de omisión simple se contraponen a las infracciones de comisión de pura actividad: en ambos casos, el resultado no forma parte del enunciado del hecho legal.

c.2.a.b. El aspecto subjetivo de la tipicidad

El dolo, como en el caso de los delitos de comisión, es el elemento esencial del aspecto subjetivo de la tipicidad. En primer lugar, el agente debe conocer la situación generadora del deber de realizar la acción esperada y sus propias posibilidades de ejecutarla (conciencia). Si el autor se equivoca sobre uno de los elementos del tipo legal, se trata de un caso de error sobre un elemento del tipo objetivo (*Tatbestandsirrtum* o, en la terminología tradicional: error de hecho) (art. 14, párrafo primero). En cuanto a la voluntad, indispensable en los delitos de comisión dolosos, no se presenta de la misma manera en caso de acción omisiva. En principio, el agente, al conocer la situación generadora del deber de actuar, puede decidir de permanecer inactivo; por ejemplo, quien resulta ileso de un accidente de tránsito, decide alejarse con el fin de evitar un control de policía y, al mismo tiempo, decide dejar de auxiliar a su compañera herida (arts. 126, 408). En la mayor parte de los casos, sin embargo, resulta difícil admitir, de parte de quien se abstiene, una toma de decisión tan clara. Debido a que los sucesos no alcanzan un clímax particular, el agente asume paulatinamente su inactividad. Entonces, basta comprobar que tuvo conciencia de la situación y de su posibilidad de actuar (cuasi dolo).

c.2.a.c Tipo legal ampliado

— La tentativa: el retraso en la realización de la acción esperada es suficiente para la consumación de la infracción. En consecuencia, no es posible forma alguna de tentativa, exceptuado el caso del delito imposible. Empero, en el nuevo Código (art. 17) se establece la impunidad de este caso de tentativa.

— La participación es por el contrario factible: dos o más personas, por ej., incumplen un mandato legal de actuar que los obliga a todos; un pasajero puede instigar al conductor para que no socorra al peatón que viene de atropellar. También es posible participar, mediante una omisión, en una infracción de comisión: el empleado de un comercio “omite” cerrar las puertas con llave, para facilitar la comisión de un robo.

c.2.b. La antijuricidad

El análisis no es diferente al que debe practicarse en relación con los delitos de comisión dolosos (ver c.1.b.): es de comprobar la ausencia de circunstancias justificantes. Sin embargo, el problema que más frecuentemente se plantea es el estado de necesidad por conflicto de deberes: por ejemplo, quien ha causado un accidente tiene la obligación de socorrer a todas las personas heridas, pero no puede curar más que una a la vez. Si bien omite momentáneamente asistir a una de las víctimas, sin embargo cumple su obligación si socorre a la más gravemente afectada.

c.2.c. La responsabilidad o culpabilidad

Además de la constatación de la capacidad penal del autor y de la ausencia de circunstancias de no-culpabilidad, es necesario demostrar que el agente, en el momento en el que hubiera debido intervenir, era consciente de su deber de actuar. Si se cree falsamente en derecho de abstenerse, comete un error sobre el mandato legal (error de derecho: *Gebotsirrtum*, en lugar de error de prohibición: *Verbotsirrtum*; en la terminología tradicional: error de derecho).

c.3. Delito de omisión impropia doloso (comisión por omisión)

Toda infracción por comisión, como lo señalamos anteriormente, puede en principio ser realizada por omisión. Dicho de otra manera, es posible, mediante una omisión, provocar la lesión o la puesta en peligro concreta prevista en el tipo legal. El autor será reprimido en razón del hecho punible realizado y, a diferencia de los casos de simple omisión, no sólo por su abstención. Así lo establece el art. 13 del nuevo Código.

Si en los casos de delitos de omisión propia, cualquiera puede ser autor, cuando se trata de delitos de omisión impropia (delitos de comisión por omisión), el número de responsables es limitado: no puede ser autor quien no esté obligado de evitar el resultado dañoso (deber de garante). Un tercero, ajeno a la situación de peligro, que no evita el resultado perjudicial no puede ser considerado responsable de la infracción.

c.3.a. La tipicidad

c.3.a.a. Aspecto objetivo de la tipicidad

Igual que en la omisión simple, es indispensable tanto la existencia de la situación generadora del deber de actuar como la ausencia de la acción esperada y la capacidad concreta de realizarla. Como la omisión impropia constituye una inversión del tipo legal de los delitos de comisión, la determinación de dicha situación debe practicarse teniendo en cuenta su sentido. En los tipos legales de omisión simple, la situación mencionada es descrita en sus elementos fundamentales.

La abstención del agente debe permitir que el resultado (daño o puesta en peligro concreta previstos en el tipo legal) puede serle imputado objetivamente. Esta circunstancia, denominada tradicionalmente “relación de causalidad”, se comprueba planteando la pregunta siguiente: ¿Si el agente hubiera realizado el acto esperado, el resultado perjudicial se hubiera producido? Si la respuesta es negativa, se procederá a verificar si el agente hubiese podido intervenir de manera a evitar el resultado. Por esto, se habla de causalidad “hipotética” o “potencial”; en buena cuenta, se está fuera de toda causalidad.

Superada esta cuestión, es de ver si el agente estaba en condiciones de intervenir para evitar el resultado. Esto supone la previsión del resultado por parte del autor y también la posibilidad real de evitar el daño o el peligro.

Fuera de estas circunstancias, comunes a las dos formas de omisión, la comisión por omisión requiere un especial deber de evitar el resultado. Sólo puede ser autor —según lo que hemos indicado precedentemente— quien está obligado a intervenir. La ley, el contrato y el actuar peligroso precedente han sido tradicionalmente considerados como las fuentes del deber de ga-

rante. En doctrina, actualmente, se prefiere hablar de dos formas en que se manifiesta la obligación del garante:

— deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ej., los deberes que establecen las normas que regulan las obligaciones de los padres hacia los hijos, del marido con respecto a su mujer y viceversa, del profesor de natación con respecto a sus alumnos, del médico hacia sus enfermos);

— deber de vigilar algunas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos indeterminados (por ej., la responsabilidad del poseedor de un vehículo, etc.).

El art. 13 del Código Penal se afilia a la primera concepción y, de manera incorrecta, extiende abusivamente la represión: junto al deber jurídico de actuar o del que deriva de la creación de un peligro inminente, considera el “deber moral”. Por el contrario, de manera más bien correcta establece el criterio de la equivalencia de significación entre la omisión y el acto de comisión típico: según el acápite 2 del art. 13, la omisión debe corresponder “a la realización del tipo legal mediante un hacer”.

c.3.a.b. Aspecto subjetivo de la tipicidad

El análisis del dolo, elemento central del aspecto subjetivo del tipo legal, no puede hacerse, debido a las características propias a la omisión, del mismo modo como en relación con las infracciones de comisión.

El agente debe ser consciente de la situación de peligro, de su capacidad para actuar y de las circunstancias de las que deriva su deber de garante (en realidad, este deber determina sobre todo el carácter ilícito de la omisión; es pues a este nivel que debería procederse a su análisis aplicándose las reglas sobre el error de prohibición).

La voluntad del autor es más difícil de precisar. En efecto, en la mayoría de los casos, el delincuente no toma la resolución de abstenerse. Por esto, la conciencia del autor y su actitud frente a la situación concreta se convierten en factores decisivos.

El desconocimiento de una de las circunstancias objetivas implica un error sobre el tipo legal objetivo (*Tatbestandsirrtum*: error de hecho). Cuando no se pueda deducir del comportamiento del autor la voluntad de abstenerse y de provocar así el resultado, queda por saber si ha actuado culpablemente.

c.3.a.c. Tipo legal ampliado

— El resultado (daño o puesta en peligro concreto previstos por el tipo legal) forma parte integrante de la omisión impropia; la tentativa es pues posible bajo todas sus formas. Tentativa acabada y tentativa inacabada se distinguen según criterios análogos a los que son aplicables en caso de infracción de comisión (c.1.a.c.). Es necesario tomar en consideración el peligro que debería ser evitado por la realización del acto cometido (acto esperado). La tentativa existe a partir del momento en el que el retraso en la ejecución del acto esperado aumenta el peligro (real o supuesto por el autor) de que el resultado se produzca. Se trata de una tentativa acabada cuando el que se abstiene deja pasar la última ocasión de poder intervenir para evitar el resultado y éste sin embargo no se produce.

La participación también es posible. En caso de coautores, es indispensable que los partícipes tengan el deber de garante.

c.3.b. La antijuricidad

Teniendo en cuenta las características particulares de la omisión impropia, se necesita considerar todas las circunstancias de justificación (ver c.1.b.)

c.3.c. La responsabilidad o culpabilidad

Salvo circunstancias excepcionales, el agente es considerado penalmente capaz. Tiene que ser consciente de la obligación de actuar que le impone el orden jurídico, es decir del mandato que nace de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la amplitud de ese deber constituye un error de prohibición (*Gebotsirrtum*) (art. 13, párrafo segundo). En relación a las circunstancias de no culpabilidad, el análisis no tiene nada de especial.

c.4. El delito de comisión culposo

Para examinar si el agente ha actuado por culpa, se debe excluir que haya obrado dolosamente. La culpa sólo se reprime cuando la ley lo prevé expresamente (art. 12, párrafo segundo).

c.4.a. La tipicidad

Cuando el legislador prevé la represión a título de culpa supone la ausencia de dolo: el autor no quiere dañar un bien jurídico protegido. El resultado dañoso producido es debido a un comportamiento cuya finalidad no es penalmente relevante (por ej., una madre deja una sustancia tóxica al alcance de sus hijos; éstos, después de haberla absorbido caen enfermos: la meta de la madre no era provocar una enfermedad a sus hijos).

c.4.a.a. Imputación objetiva (relación de causalidad)

El resultado dañoso debe ser objetivamente imputable al autor. Para fundamentar esta condición, se recurre al criterio de la causalidad adecuada: hay relación de causalidad adecuada cuando el acto es idóneo, según el curso ordinario de los hechos, para producir dicho resultado. Dos criterios ayudan a precisar esta noción:

— el criterio de la probabilidad, a través del cual se intenta determinar si la producción del resultado conocido era altamente probable (grado de probabilidad confinando con la certeza);

— el criterio de riesgo, según el cual nos preguntamos si el comportamiento del autor ha creado el riesgo de que se produzca el resultado o ha sensiblemente aumentado este riesgo.

c.4.a.b. Formas de culpa

Según la doctrina, la culpa puede consistir en:

— actuar el sujeto sin darse cuenta del resultado —previsto por la

ley— de sus actos (muerte: art. 106 CP; lesión: art. 121 CP; peligro colectivo: art. 278 CP). Se trata aquí de una culpa inconsciente.

— actuar sin tener cuenta del resultado: culpa consciente.

c.4.a.c. Deber de prudencia

La comisión de una infracción culposa implica que el autor haya violado un deber de prudencia. Aunque la ley no lo diga, el deber de prudencia, implícito y fundamental, forma parte del tipo legal. Este deber se basa en el principio general que estatuye el respeto de los bienes jurídicos de los demás. Las fuentes del deber de prudencia son de 3 clases:

— el tipo legal mismo que prevé la infracción culposa, pues presupone una norma general de prohibición (por ej., la de matar: art. 106);

— las normas legales complementarias (por ej.: el Código de tránsito, las normas sobre la construcción de edificios, la fabricación o empleo de explosivos...);

— las circunstancias concretas del caso de especie (por ej.: almacenamiento de sustancias tóxicas, manipulación de explosivos).

El contenido del deber de prudencia consiste ya sea en renunciar al comportamiento peligroso (p. ej.: a conducir un coche), o en tomar las medidas necesarias y adaptadas al comportamiento peligroso (por ej.: conducir respetando las reglas de la circulación).

Los límites del deber de prudencia están fijados por el riesgo tolerado (por ej.: implícito al hecho de conducir un coche) y por la idea de que podemos esperar (confiar) que los otros se comporten prudentemente (*Vertrauensprinzip*).

c.4.a.d. Capacidad de respetar la prohibición

La prohibición de atacar los bienes jurídicos del prójimo sólo tiene sentido en el caso de que el autor tenga la capacidad de respetarla. La repre-

sión de la violación de un deber de prudencia se justifica por la voluntad de evitar se desencadene el proceso que provoca el resultado perjudicial. Esto significa que, de un lado, el resultado debe ser previsible y, de otro lado, que el autor tenga la posibilidad de conocer el desarrollo de los hechos.

c.4.a.e. Previsibilidad del resultado

La previsibilidad del resultado debe ser determinada de acuerdo a la capacidad personal del autor. Si éste no estaba en condiciones de prever el resultado, su comportamiento será atípico. En la doctrina, se sostiene también un criterio diferente: la constatación de la tipicidad debería realizarse sólo teniendo en cuenta los factores objetivos que han condicionado la violación del deber de prudencia de parte del agente. Su capacidad personal para prever el resultado debería, por el contrario, tenerse en cuenta sólo al momento de determinarse la responsabilidad o culpabilidad.

c.4.a.f. Tipo legal ampliado

La tentativa y la participación no son posibles en la medida que suponen siempre el dolo.

c.4.b. La antijuricidad

Todas las circunstancias justificantes deben, en principio, ser tomadas en consideración. Sin embargo, las características propias a la culpa plantean algunos problemas especiales. Cuando se trata, por ejemplo, de una infracción de resultado o lesión, no es necesario tener en cuenta el elemento subjetivo de la circunstancia agravante (intención de proteger el bien jurídico en peligro). Por el contrario, si se trata de una infracción de pura actividad, el agente debe obrar con miras a realizar lo que la causa de justificación autoriza (cf. c.1.b.).

c.4.c. La responsabilidad o culpabilidad

Se debe siempre constatar la capacidad del autor, así como verificar si éste ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición o de cir-

cunstances que impiden reprocharle el no haberse comportado de manera diferente.

c.5. El delito de omisión culposo

c.5.a. La tipicidad

El análisis debe hacerse casi de la misma manera que en el caso de las infracciones comisivas dolosas. La diferencia se da en el aspecto subjetivo de la tipicidad. La constatación de que el agente no ha actuado dolosamente deja abierta la posibilidad de que puede haberlo hecho culposamente.

Destaquemos que la culpa tiene entonces un doble carácter subsidiario: primero, en relación al dolo y, segundo, en el sentido que no es reprimida sino cuando la ley lo prescribe expresamente.

Considerando que la culpa constituye una imprevisión culpable, es de preguntarse en qué consiste esta imprevisión. Esta existe cuando el agente ignora la posibilidad que él tiene de intervenir o cuando ejecuta imprudentemente el acto ordenado por la norma.

c.5.b. La antijuricidad

La constatación del carácter ilícito del acto se hará comprobando la existencia o la ausencia de causas de justificación. Estas son, en principio, las mismas que las tomadas en consideración con relación a las infracciones dolosas.

c.5.c. La responsabilidad o culpabilidad

Cf. c.4.c.

c.6. El delito de omisión impropia culposo

Como en el caso de la omisión simple, el aspecto esencial concierne a

la imprevisión culpable. Esta se relaciona, primero, con una falsa apreciación de los fundamentos del deber de actuar; segundo, con un cálculo erróneo respecto a la producción del resultado; y, tercero, con la realización imprudente del acto esperado.

D) CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

Al comprobar la tipicidad de un acto, se percibe a veces que mediante su comportamiento el autor materializa diversos tipos legales o varias veces el mismo tipo legal. Sucede, igualmente, que comete diversas acciones que se adecúan al mismo o a distintos tipos legales. Este último caso es designado con el nombre de concurso real de delitos (*Zusammentreffen von strafbaren Handlungen*): el agente comete, separadamente, dos homicidios, o un hurto y una violación. El art. 50 del nuevo Código lo define diciendo: “varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes”. Al primer caso se le denomina concurso ideal (*Zusammentreffen von Strafbestimmungen*): mediante una sola acción (materialmente una sola o varias constituyendo normativamente una unidad), el agente roba, daña el patrimonio y viola el domicilio de una persona. Esto supone que su comportamiento no sea comprendido plenamente por una sola disposición legal. En el art. 48 se regula este concurso: “varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”. En ambos casos, se aplicará al autor la disposición que prevea la pena más grave.

Se habla, por último, de concurso aparente de leyes (*scheinbare Konkurrenz*), cuando la acción del agente parece cumplir con las exigencias de diversos tipos legales, pero, en realidad, sólo una de las disposiciones debe ser aplicada por abarcar todos los aspectos delictuosos de la acción (la muerte —homicidio simple— del recién nacido provocada por la madre —infanticidio—: art. 110).

E) INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La última etapa del análisis consiste en determinar los elementos necesarios para la determinación de la pena. Esta es graduada de acuerdo con la responsabilidad del agente y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 45 y 46.

La individualización de la pena, en debida forma, supone el conocimiento de todos los elementos necesarios. Tratándose de ejercicios realizados con el auxilio de casos esquemáticos, el estudiante se limitará a señalar las circunstancias que pueden influenciar la individualización de la sanción.

BIBLIOGRAFIA

- DESCHENAUX, H.
1975 Eléments de méthode juridique à l'intention des étudiants -
L'application du droit au fait, Fribourg.
- HRUSCHKA, J.
1983 Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Berlin / New
York.
- JESCHECK, H. H.
1969 Anleitung zur Bearbeitung strafrechtlicher Fälle, *in*
Lehrbuch des Strafrechts A.T., le éd., Berlin.
- NOLL P/ IMPERATORI M. / UTZ H. J.
1982 Uebungen im Strafrecht, 2e éd., Zürich.
- PUECH M.
1976 Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, T. 5,
Paris.
- ROY FREYRE, L. Luis
1974 Derecho Penal peruano, T. I, Parte especial, pp. 329-347.
Lima.
- SOYER, J. C.
1973 Une méthode pour le commentaire d'arrêt, *in* Revue de
l'étudiant en droit, Paris, janvier, pp. 69-73; pp. 102-109.
- WALDER, H.
1988 Methodische Fall-Lösung im Strafrecht, *in* Revue pénale
suisse, (105), pp. 125-136.