

EL TIPO PENAL

El artículo que presentamos a continuación es imprescindible para el estudio de la parte general del derecho penal pues en él Luis Bramont-Arias aborda la noción del tipo como concepto fundamental sobre el que gira toda la teoría del delito. Con este fin, se exponen las finalidades de la construcción del tipo penal y se analizan con detalle todos los elementos descriptivos, normativos, objetivos y subjetivos que lo conforman.

En esta forma, el autor nos entrega un enterado e importante trabajo, con gran sustento doctrinario y muy sencilla lectura que, estamos seguros, será de mucha utilidad para los estudiosos y estudiantes del derecho penal.

Luis Miguel Bramont-Arias Torres

Abogado egresado de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
 Jefe de práctica de derecho penal I y derecho penal II
 Miembro de la asociación Derecho & Sociedad

1. NORMA Y NORMA PENAL

Dentro del mundo de las relaciones sociales, podemos decir que el Derecho es el sistema de regulación de las conductas sociales más completo que ha desarrollado el hombre. Está integrado por dos tipos de elementos que son las normas jurídicas y los principios generales¹. Las normas son reglas de conducta, las que, al tener el carácter de jurídico, elevan su nivel dándoseles un carácter de obligatorio cumplimiento. Derecho y norma son dos conceptos inseparables: el Derecho es un sistema de normas, y ésta, la forma como se concibe y expresa².

La norma jurídica debe entenderse como la regla de conducta que, en un determinado tiempo y lugar, teniendo en cuenta valores predeterminados (según la cultura), señala la obligación de hacer o no hacer algo, cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal (la ley). Para Gierke, "la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente y de modo incondicional la libre voluntad humana". En esta forma, la conducta está trazada por ciertas normas que la vida social impone. La norma jurídica, se convierte entonces en un nexo entre la conducta humana y el mundo de los valores que defiende una sociedad.

La norma jurídica es diferente al concepto de ley, dado que está por encima de ella; la ley es un simple vehículo que sirve para plasmar los valores que recogen las normas dentro del ordenamiento jurídico. Viéndolo desde este punto de vista, podemos establecer que la norma es un concepto abstracto cuya plasmación concreta se hace a través de la ley; por tanto, no existe la estructura de la norma jurídica sino, la estructura de la ley; lo que se plasmaría de la siguiente manera: $s \rightarrow c$, donde "s" sería el supuesto de hecho (que de producirse en la realidad desencadena la consecuencia) y "c" la consecuencia jurídica. Este esquema nos plantea que, al realizar un individuo una acción relevante para el ordenamiento jurídico, éste reacciona de una determinada manera, dado el carácter de la acción que se ha realizado.

La norma jurídica plantea la defensa de todos los valores que considera importante una sociedad para lograr un desarrollo armónico entre sus miembros. Dentro de estas normas podemos encontrar un sub-grupo que son las llamadas normas jurídicas-penales, las cuales se caracterizan por plantear la defensa de los valores más importantes que posea la sociedad³ utilizando para ello el poder puni-

1 Rubio Correa, Marcial. "El sistema jurídico - Introducción al Derecho". Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984. pp. 81.

2 García Toma, Victor. "Introducción al Derecho". 2ª edición. Lima, Universidad de Lima, 1988. pp. 63.

3 En la actualidad esto no se ve reflejado dado que se ha planteado una política sobreincriminalizadora, haciendo que las figuras delictivas se multipliquen, no obteniéndose ningún beneficio para la sociedad.

tivo del Estado (la pena), es decir, consiste en un conjunto de imperativos (no matarás, no robarás, no injuriarás, etc.) que establecen lo que es necesario cumplir para mantener el "estado de paz" en la sociedad. Estos imperativos, esas normas, no es preciso que sean normas escritas y establecidas por una autoridad: están presentes en la conciencia social⁴. A su vez estos imperativos se pueden dividir en dos grupos que serían las normas de mandato (deberes de hacer) y las normas de prohibición (deberes de no hacer). Lo que se refleja con esto es que la norma penal tiene una finalidad preventiva, trata de suscitar en los hombres la obediencia a sus preceptos, la cual puede ser reclamada por el Estado como un derecho.

Siendo la norma un imperativo, una orden, es totalmente independiente de la amenaza de una sanción. La sanción, por lo tanto, no es un elemento de la norma. Las normas prohíben o mandan acciones, lo único que quieren es motivar a los destinatarios de ellas.

Según Binding⁵, las normas son aquellos mandatos jurídicos, escritos o no escritos, conceptualmente anteriores a la ley penal, pertenecientes al derecho público, cuyo contenido, en caso de no poder ser averiguado fuera del derecho penal, en el derecho positivo o consuetudinario, por lo regular puede ser captado en la parte dispositiva de la ley penal. El delincuente transgrede la norma en cuanto precepto que le prescribe el hilo conductor de su actuar. Al violar la norma, cumple la ley penal (no la infringe), la cual, por lo mismo, no se presenta como una prohibición, sino en cuanto precepto que sólo pertenece al derecho escrito, dirigido al juez y que faculta a éste a desencadenar las consecuencias punitivas. Presupuesto de la existencia de una ley penal, es la eficacia de una norma no penal: "la norma crea la acción antijurídica, la ley penal, la acción delictiva"⁶.

Parece lógica la posición de Binding, dado el orden en que establece primero la norma y luego el surgimiento de la ley penal: a lo que no se opone de ninguna manera el hecho de que, en general, se cree simultáneamente con la ley penal también la norma, y de que la norma en la mayor parte de los casos, puede ser extraída, justamente, de la ley penal. Kelsen, va más lejos y niega la tesis de Binding señalando que un hecho recién es jurídicamente ilícito cuando la ley lo convierte en presupuesto de una sanción, para su autor, pena o ejecución. La formulación de la norma jurídica no puede reducirse al "no matar", "no hurtar", etc., porque en esta forma no se distinguiría la norma jurídica de la moral y quedaría sin expresión la relación con la coacción específica del Derecho.

Según Kelsen⁷, la norma está constituida por dos partes: la norma primaria, que estatuye la sanción para el acto ilícito, y norma secundaria, que señala el deber o prestación jurídica (la conducta lícita), o sea, precisamente la conducta que evite la consecuencia coactiva. El texto sería el siguiente: en ciertas condiciones, un hombre debe conducirse de un modo determinado (norma secundaria). Si no se comporta así, entonces otro hombre —el órgano del Estado— debe practicar contra él un acto coactivo determinado (norma primaria).

En conclusión, podemos decir: la ley penal es la plasmación concreta de la norma jurídico penal (que defienden los valores de mayor importancia de la sociedad

Debemos anotar que, en la actualidad, los autores usan indistintamente los términos "norma" y "ley", creando con ello una serie de problemas innecesarios.

—última ratio—). Sólo la ley penal tiene el respaldo del poder punitivo del Estado, el que sólo puede actuar cuando ésta ya existe (siguiendo el principio de legalidad) y no con la simple presencia de una norma jurídica. La norma es una regla de conducta general y abstracta, que se define en base a los valores culturales de una sociedad en un determinado momento.

Debemos anotar que, en la actualidad, los autores usan indistintamente los términos "norma" y "ley", creando con ello una serie de problemas innecesarios.

1.1. Ley penal y tipo penal

Como se sabe, la ley, en general, tiene la siguiente estructura: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En el caso de la ley penal se sigue el mismo esquema, pero el supuesto de hecho se convierte en el comportamiento descrito por la ley (que puede mandar o prohibir algo) y la consecuencia jurídica es la pena o la medida de seguridad, que se aplica en el caso del incumplimiento del comportamiento descrito.

De lo expresado en el punto anterior, podemos afirmar que, la ley penal y la norma penal no se identifican, el comportamiento delictivo no contraviene la ley penal sino la norma penal. Detrás de toda ley penal podemos encontrar la existencia de una norma penal (valoración abstracta). Como establece Binding⁸: "la pena puede dictarse sólo porque la acción descrita en la ley y la cometida por el ladrón se superponen conceptualmente. Nada más lejano que afirmar que el delincuente contraviene la ley penal según la cual se lo sanciona; por el contrario, para que se lo pueda sancionar, el delincuente siempre tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo, con la primera parte de esta ley".

La ley en general tiene diversos caracteres:

- Exclusiva.- Se respeta el principio de reserva de la ley penal. Se establecen en forma específica y taxativa los hechos que pueden hacer surgir la pretensión punitiva del Estado, los medios, los modos y la medida de represión, y los límites dentro de los cuales puede desarrollarse la actividad jurisdiccional.
- Obligatoria.- Al cumplirse con los requisitos de la promulgación y publicación todos los deben acatar. Se debe resaltar el carácter escrito de la ley, lo que deja de lado a la costumbre.
- Irrefragable.- Sólo puede ser modificada o derogada por otra ley.
- Igualitaria.- Se aplica a todas las personas en igual forma de conformidad con la Constitución política del Estado, y salvo los casos expresamente regulados en ella o en leyes especiales (v.gr. art. 93 de la Constitución, en concordancia con el art. 10 del Código Penal, respecto de los congresistas, ya que no pueden ser detenidos por sus atribuciones especiales).

4 Bramont-Arias, Luis Alberto. "La ley penal". Lima, imprenta del servicio de prensa y publicaciones técnicas de la policía, 1950, pp. 43.

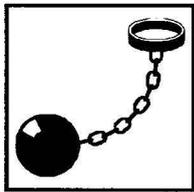
5 Maurach, Reinhart. "Derecho penal - Parte general", t.I., traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bolívar Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires, editorial Astrea, 1994, pp. 342.

6 Jiménez de Asúa, Luis. "El criminalista", t.V. Buenos Aires, editorial La Ley, 1945.

pp. 212.

7 Kelsen, Hans. "La teoría pura del Derecho". Introducción a la problemática científica del Derecho, 2ª edición, Buenos Aires, editorial Losada S.A., 1946, pp. 52-59, 77-78.

8 Bacigalupo, Enrique. "Manual de derecho penal - Parte general", Temis-Ilanud, 1984, pp. 27 citando a Binding, Normen, I, pp. 24.



PENAL

El tipo penal se identifica con el comportamiento descrito por la ley, es decir con el supuesto de hecho típico del delito. Que una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma⁹. Podemos afirmar que el tipo penal, en un sentido estricto, es la descripción de la conducta prohibida por una ley. El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas). El tipo pertenece a la ley¹⁰.

De la gran cantidad de comportamientos antijurídicos que se presentan en la realidad, el legislador selecciona, conforme con el principio de intervención mínima del derecho penal (última ratio) los más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena o medida de seguridad. Estos comportamientos son descritos en el supuesto de hecho de una ley penal, para lo cual deben cumplir con las exigencias que impone el principio de legalidad. La descripción de las conductas no puede ser sumamente precisa, dado que es imposible describir una conducta hasta en sus mínimos detalles y siempre se correría el riesgo de que algún supuesto de hecho quede fuera de la descripción legal. Por tal razón, la descripción tiene que ser hasta cierto punto abstracta, para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan unas características esenciales comunes (v.gr. art. 106: el que mata a otro... en un primer momento no importa cómo se mata a la otra persona, ni la relación o vínculo que pueda existir entre los sujetos: lo que interesa es que se mata a alguien; en un segundo momento se analizarán las demás particularidades del hecho delictivo como son la forma, el modo, la relación de parentesco, etc.). Esta figura puramente conceptual es el tipo.

El tipo penal se analiza dentro de la tipicidad, forma parte de ella; al adecuarse un comportamiento humano a la conducta descrita por el tipo surge lo que se conoce como la tipicidad; se produce entonces una identidad entre la acción de un individuo con lo descrito en forma expresa por la ley. El tipo penal, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta de ser adecuada a la descripción del tipo; en otras palabras, como dijo Zaffaroni¹¹: "el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta". El simple hecho de que una conducta se identifique con un tipo penal no quiere

decir que se ha producido un delito, pues como se sabe, falta analizar el nivel de la antijuricidad. La antijuricidad es un juicio de valor negativo que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico¹²; pero, no todo comportamiento antijurídico es relevante penalmente, sólo los comportamientos antijurídicos que también son típicos pueden dar lugar a una reacción penal. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella.

Finalmente, podemos afirmar que la ley penal es un concepto que abarca al de tipo penal, ya que viene a ser el supuesto de hecho de la ley penal. El tipo penal no se relaciona en forma directa con la pena o medida de seguridad que se aplique al sujeto que realizó la conducta descrita por éste.

1.2. Funciones del tipo penal

El tipo de por sí no es una valoración neutra, dado que se ha efectuado una selección de comportamientos y, por tanto, ha existido una valoración que va encaminada a definir lo típico penalmente, esto se encuentra estrechamente relacionado con la antijuricidad que es la categoría encargada de señalarnos que comportamientos van en contra del ordenamiento jurídico.

El tipo tiene diversas funciones entre las que tenemos:

a. Función de garantía.- El tipo es siempre "tipo legal", sólo la ley escrita es fuente del tipo. Sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente (aplicación del principio

de legalidad como un límite al poder punitivo del Estado) determinada antes de la comisión de él. Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no¹³. Vemos entonces que el tipo selecciona conductas merecedoras de pena. Su redacción debe definir con claridad la conducta prohibida. Esto se logra utilizando el lenguaje promedio de la sociedad en la cual se dicta la ley. Se deben tratar de evitar en lo posible los elementos normativos (aquellos que requieren algún tipo de valoración) y dar preferencia a los elementos descriptivos. Las descripciones deben ser de carácter genérico, recogiendo los caracteres comunes a las conductas delictivas. Los agravantes y los atenuantes de la conducta, dan lugar a los tipos cualificados y privilegiados, que son simples derivados del tipo básico y, por tanto, las reglas aplicables a éste también son aplicables a aquéllos.

b. Función indiciaria.- El tipo consiste en la descripción general de acciones antijurídicas, ello permite la selección inmediata entre los ilícitos punibles y los no punibles¹⁴; esto da lugar a un juicio preliminar acerca del carácter antijurídico del hecho, como muchos autores

El tipo penal, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta de ser adecuada a la descripción del tipo

9 Bacigalupo, Enrique. "Manual de derecho penal - Parte general", Temis-Ilanud, 1984, pp. 80.
10 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de derecho penal - Parte general", t.f., 4ª edición. Lima, ediciones jurídicas, 1986, pp. 371.
11 Creus, Carlos. "Derecho penal - Parte general", 3ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, editorial Astrea, 1992, pp. 186, citando a Zaffaroni.
12 Muñoz Conde, Francisco. "Teoría general del delito", 2ª edición, Valencia, Tirant lo

Blanch, 1989, pp. 48.
13 Roxin, Claus. "Teoría del tipo penal - Tipos abiertos y elementos del deber jurídico", versión castellana del prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ediciones Depalma, 1979, pp. 170.
14 Maurach, Reinhart. "Derecho penal - parte general", traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires, editorial Astrea, 1994, pp. 349.

manifiestan, se dice que se crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuricidad, ya que se puede dar la existencia de lo que conocemos como las causas de justificación.

c. Función sistemática.- El tipo dirige todos los elementos que conforman el particular delito, porque es por medio de sus descripciones que se miden los límites de la acción, los sujetos que intervienen, los extremos de la relación causal (jurídicamente relevante), el bien jurídico protegido cuyo ataque forma el contenido de la antijuricidad, los fundamentos de la culpabilidad en torno al juicio de reproche que se le hace al sujeto activo.

1.3. Estructura del tipo penal

Dentro de la teoría del delito, la tipicidad presenta diversos componentes los que se agrupan en dos partes: el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

1.3.1. El tipo objetivo

A. Los sujetos.- En el tipo penal se manifiesta la presencia de tres sujetos, dos de ellos en forma directa (sujeto activo y sujeto pasivo) y uno en forma indirecta que es el Estado (encargado de aplicar la pena o medida de seguridad en el caso de acreditarse la responsabilidad penal del sujeto activo y otorgan la reparación civil al sujeto pasivo). Puede darse casos en los que el Estado sea el agraviado, esto se produce en delitos como falsificación de documentos, contra la administración de justicia, tráfico ilícito de drogas, etc. La forma de redacción del tipo penal en general es impersonal, por tal motivo se usan denominaciones como "el que" o "quien" (delitos comunes, v.gr. art. 106: el que mata a otro...), pero también existen los llamados delitos especiales (que sólo pueden ser realizados por personas determinadas, v.gr. art. 393: el funcionario o servidor público que...).

A.1. El sujeto activo.- Es el individuo que realiza la acción u omisión descrita por el tipo penal. Como hemos dicho, existen delitos comunes (los puede realizar cualquier sujeto) y delitos especiales (donde el sujeto tiene que poseer cualidades especiales para poder realizar la acción típica).

A.2. El sujeto pasivo.- Aquí cabe una división, distinguiendo entre: sujeto pasivo de la acción (persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo); y el sujeto pasivo del delito (es el titular o portador del interés cuya esencia constituye la del delito -bien jurídico protegido-). Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se los puede distinguir, como por ejemplo art. 196, referido a la estafa, una persona puede ser engañada (sujeto pasivo de la acción) y otra recibir el perjuicio patrimonial (sujeto pasivo del delito). Un caso diferente se presenta en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, donde necesariamente el sujeto pasivo de la acción y del delito coinciden. Distinguir al sujeto pasivo no sólo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica¹⁵: de quien sea el sujeto pasivo puede depender: 1º la impunidad o no del autor (art. 208: excusas absolutorias); 2º la posibilidad de atenuar o agravar la pena (v.gr. art. 110: infanticidio, art. 107: parricidio); 3º que se brinde el consentimiento; 4º otros efectos legales (v.gr. art. 111, 2º párrafo).

A.3. El Estado.- Es el encargado de aplicar la sanción penal (pena o medida de seguridad), luego de haberse acreditado la comisión del delito y la responsabilidad del sujeto activo, otorgando la reparación civil al sujeto pasivo.

Nuestro Código Penal considera que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad, persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación (art. IX del T.P. del C.P.)

B. La acción.- Dentro de este punto debemos distinguir la existencia de dos teorías fundamentales: el causalismo y el finalismo. El causalismo considera acción todo movimiento externo que lleve consigo algún cambio en el mundo exterior, dejando de lado toda valoración subjetiva (dolo o culpa) a nivel de la tipicidad para analizarla posteriormente al nivel de la culpabilidad. Un problema que se le presenta a esta teoría se da sobre el tratamiento de la omisión, dado que su concepto de acción es incapaz de explicar que un no hacer de lugar a la configuración de un delito.

El finalismo por el contrario, tiene un criterio unitario acerca de la acción¹⁶, es inseparable el nivel objetivo y subjetivo, por eso ambos se analizan en la tipicidad. Se plantea que todo comportamiento humano tiene una finalidad. Esta diferencia fundamental crea ciertas variaciones a nivel del tratamiento del error. En el desarrollo del presente trabajo nos guiamos por el punto de vista finalista.

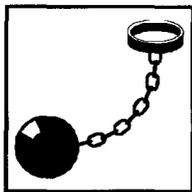
La teoría finalista se caracteriza por un concepto de acción basada en la dirección del comportamiento del autor a un fin previamente fijado por éste. De esta manera, un concepto causal de acción, que sólo tiene en cuenta la producción causal del resultado, se opone al concepto final de acción, que también considera los fines perseguidos por el autor.

La acción típica es entendida entonces como el comportamiento humano (acción u omisión) que se dirige a lograr una determinada finalidad. Esto constituye el núcleo del tipo, generalmente es definida en base al verbo rector (v.gr. matar, apoderarse, etc.). La omisión consiste en dejar de hacer algo que el tipo establece; ésta se puede dividir a su vez en dos: la omisión propia (es la regulada en forma expresa por nuestro Código Penal) y la omisión impropia (consiste en equiparar una omisión a una acción positiva descrita en el tipo penal, v.gr. el enfermero que omite darle la medicina a un paciente que se encuentra en un estado crítico, motivo por el cual muere: la omisión ha producido la muerte del paciente). Para el análisis de la omisión impropia se deben manejar los conceptos del *deber de garante* (donde el sujeto activo está obligado a actuar de una manera determinada debido a la relación que le une al sujeto pasivo, que se puede ser por la función de protección del bien jurídico -estrecha relación familiar, comunidad de peligro, asunción voluntaria-, o por función personal de control de una fuente de peligro -actuar precedente o injerencia, deber de control de una fuente de peligro, responsabilidad por conducta de otras personas-) y a nivel de la relación de causalidad se presenta: la causalidad hipotética (se ve si el comportamiento del sujeto por acción causaba o no el resultado; si el sujeto, al actuar, pudo evitar el resultado, hay relación de causalidad).

Cuando el delito exige la realización, sin más, de la acción, nos encontramos ante los delitos de mera actividad (no requieren de un resultado, v.gr. art. 274: conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, art. 279: tenencia ilegal de armas); cuando se exige junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material nos encontramos frente a lo que conocemos como los delitos de resultado (v.gr. art. 106: homicidio). Cuando se habla de resultado se alude a la modificación produ-

15 Mir Puig, Santiago. "Derecho penal - Parte general", 3ª edición corregida y puesta al día. Barcelona, PPU, 1990, pp. 213.

16 Cuando en el finalismo se hace referencia a la acción se debe entender que también incluye a la omisión.



PENAL

cida en el mundo exterior, distinta idealmente de la acción misma¹⁷.

La acción descrita en el tipo plantea en ciertos casos que se usen diversos medios como son: veneno, escalamiento, etc. En

otros casos se tienen que dar varias acciones que configuran la acción típica (delitos complejos) descrita por el tipo, v.gr. art. 188: se necesita apoderamiento del bien y violencia sobre la persona).

C. La relación causal.- La acción humana consiste, en el ejercicio de una actividad finalista, en el desarrollo de una actividad dirigida hacia la consecución de un fin. Toda acción consiste, por ello, como dice Welzel¹⁸, en una utilización de la causalidad; la causalidad es un elemento de toda acción. Lo que busca es ver si un resultado es consecuencia lógica de una acción determinada. Para establecer esta relación han surgido diversas teorías entre las que tenemos la equivalencia de condiciones y la adecuación. La equivalencia de condiciones (*conditio sine qua non*) señala que es causa toda condición de un resultado concreto que suprimida mentalmente daría lugar a que ese resultado no se produjese. Esta posición es criticada debido a que se podría dar una regresión hasta el infinito en la relación causal, sin definir cuál es la verdadera causa. La adecuación señala que es causa sólo aquella que es adecuada para producir un resultado cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiese podido prever que en tal circunstancia el resultado se produciría inevitablemente; es decir, se basa en los criterios de la previsibilidad (de acuerdo al hombre promedio) y en la diligencia debida (por parte del sujeto activo).

El criterio de la relación causal debe ser complementado con la imputación objetiva, que determina si un determinado hecho le puede ser atribuido al sujeto activo. Entonces, aparte de la relación de causalidad (nexo causal) se exige la imputación objetiva, que señala que es imputable toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites permitidos; además, el resultado se debe producir dentro del ámbito de protección de la norma.

D. El bien jurídico.- Es el interés jurídicamente protegido es aquello que la sociedad cree como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico. Todo tipo de delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro (real, claro e inminente) o la lesión de un bien jurídico (de conformidad con el art. IV del TP. del C.P. -principio de lesividad-). La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma¹⁹. Generalmente el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos que contiene nuestro Código Penal, resulta entonces una agrupación sistemática que ordena nuestro código. La defensa del bien jurídico es lo que le da sentido a todo el ordenamiento jurídico penal.

El Dr. Bustos²⁰ preceptúa que: "el bien jurídico es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica". Es lo que en abstracto un grupo humano reconoce como su eje y lo necesita para

darle una orientación a su vida social, concretizándolo en una fórmula normativa. El ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de las cuales la norma prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas (v.gr. se ha seleccionado la relación matrimonial monogámica -la constitución propugna la defensa de la familia-).

El tipo penal sólo puede referirse a ataques a los bienes jurídicos que alcancen cierta entidad, pues los ataques de mínima incidencia, que no ponen en peligro la paz social que el orden jurídico trata de asegurar, no pueden ser objeto de pena (derecho penal de bagatela, v.gr. las *propinas* que se les da a los servidores públicos).

E. Elementos descriptivos y normativos.- Los elementos descriptivos apuntan a lograr una definición del tipo en forma concluyente, absoluta, con exclusión de la variable de valoración judicial. Es por eso que nuestro Código Penal usa términos como matar, sustraer, etc. Son conceptos que pueden ser tomados por igual del lenguaje diario o de la terminología jurídica, y describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica²¹. En cambio, en el caso de los elementos normativos, el juez, de manera expresa o tácita, requiere efectuar una valoración de los conceptos dados, por lo que recurre a los métodos de interpretación de que dispone, se remite entonces a normas y padrones valorativos ajenos al tipo penal, se refiere entonces a premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de una norma, por ejemplo ajeno, veneno, crueldad, perjuicio patrimonial, etc.

Los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer y comprender predominantemente a través de sus sentidos; puede verlos, tocarlos, oírlos, etc. (v.gr. bien mueble en el caso del delito de hurto); mientras que los elementos normativos son aquellos en los que predomina una valoración que, por tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos (v.gr. el concepto de "ajeno" en el delito de hurto - art. 185 C.P.). Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la "valoración paralela en la esfera del profano". También pertenecen a este grupo aquellos términos que requieren una valoración empírico-cultural del autor, como el término "perturba la tranquilidad pública" en las faltas contra las buenas costumbres (art. 449 C.P.). Como se observa, el legislador introduce en el tipo conceptos jurídicos indeterminados, en los que hay una remisión a difusos criterios extrajurídicos; en estos casos sólo cabe cumplir la exigencia de la vinculación del juez a la ley, haciendo que la valoración responda exclusivamente a los conceptos valorativos de la colectividad.

Muchas veces la diferencia entre ambos elementos se oscurece, dado que los elementos descriptivos del tipo también necesitan de un cierto nivel de interpretación; es así, por ejemplo, que la diferencia entre bien mueble e inmueble que tiene el derecho penal es diferente al que posee el derecho civil.

1.3.2. El tipo subjetivo

La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad²². La voluntad debe ser objeto de valoración en el tipo penal: ésta puede calificarse de dolosa (contiene una acción dirigida por el autor a la producción

17 Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes. "Derecho penal - Parte general". Valencia, Tirant lo Blanch, 1993. pp. 240.

18 Welzel. "Das deutsche Strafrecht", 11ª edición. Berlin, Walter de Gruyter, 1969. pp. 43.

19 Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes. Op.cit. pp. 240.

20 Bustos Ramírez, Juan. "Manual de derecho penal español - Parte general". Barcelona, editorial Ariel S.A., 1984. pp. 180.

21 Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de derecho penal - Parte general", 4ª edición complementada y corregida, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, editorial Comares, 1993. pp. 243.

22 Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes. Op.cit. pp. 243.

de un resultado) o culposa (contiene una acción que no se dirige por el autor al resultado) y dentro de ella admite ciertas sub-calificaciones. Esto sin perjuicio de la existencia de otros elementos subjetivos. Nuestro Código Penal, en su art. 11, establece que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, con lo que se reafirma el hecho de que la acción relevante para el derecho penal debe tener el elemento voluntad como uno de sus componentes indispensables.

A. El dolo.- El dolo es la conciencia (saber la acción u omisión que se está realizando) y voluntad (querer realizar la acción) de realizar el tipo objetivo. Se da una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor. No se debe confundir el conocimiento actual de todas las circunstancias, con la conciencia, por ejemplo en el delito de robo agravado (art. 189), el que roba tiene conciencia que es en casa habitada (inc. 1), de noche (inc. 2); pero al momento de robar no está pensando en ello y eso no quiere decir que falte el dolo.

El dolo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha relación es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad)²³. Al decir que, el dolo se relaciona con el tipo objetivo incluimos a los elementos normativos y descriptivos. Los elementos normativos requieren para su valoración de ciertos puntos específicos de carácter cultural, social o jurídico; estos elementos introducen una imprecisión en el tipo, que en definitiva llevan a que el juez sea el que cierre el tipo, esto es, le dé la determinación; esto, en cierta medida, puede llevar a que se afirme que los individuos están sujetos a la decisión arbitraria del juez. Con esto se manifiesta un pequeño choque con el principio de legalidad, que en cierta medida queda a criterio del juzgador, siendo por ello recomendable la eliminación de éste tipo de fórmulas.

El desvalor de la acción en los delitos dolosos puede que no se agote con el dolo, sino que a veces se requiere que se presenten los elementos subjetivos del tipo, los que se desarrollarán más adelante. Por ejemplo, en el delito de injuria no sólo se requieren las acciones destinadas a desacreditar a la persona, sino que además es necesario que el sujeto activo tenga como fin ulterior el querer lesionar el honor del sujeto pasivo.

CLASES DE DOLO

A.1. Dolo directo: se da cuando la acción típica realizada por el individuo es precisamente la que él persigue, es decir: el sujeto activo busca realizar un hecho y lo hace. Ej.: José quiere robar a Miguel, y le roba.

A.2. Dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias: cuando el resultado es consecuencia necesaria de los medios elegidos por el sujeto activo, es decir: cuando el sujeto activo sabe que para realizar un hecho necesariamente tendrá que producir una consecuencia que se encuentra ligada al resultado. Ej.: Marco quiere matar a Manuel, el cual está viajando en un tren que se encuentra lleno de pasajeros: Marco hace que el tren se descarrile y mueran todos. En el caso, se da dolo directo sobre Manuel y dolo de segundo grado con respecto a todos los otros pasajeros.

A.3. Dolo eventual: se presenta cuando el sujeto activo no quiere producir un resultado pero considera que ese resultado es de probable producción. No basta con que se represente el resultado (teoría de la representación: para

que exista dolo, basta con que el sujeto quiera la acción, siempre que además se haya representado el resultado, no siendo necesario que haya también querido el resultado), sino que además se da su voluntad (teoría de la voluntad: define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a ley); es decir: el sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él. Por ejemplo, Manolo y Lucho son asaltantes de bancos y deciden robar en el Banco de Crédito, conocedores de que hay un vigilante de edad avanzada se representan que les puede ofrecer resistencia, por lo que dado el caso, se ponen de acuerdo para amordazarlo y atarlo para que no les estorbe; se representan que puede morir por asfixia, como efectivamente sucede. Ellos en principio no querían matarlo pero, dado el supuesto de resistencia aplican lo acordado y producto de esto muere.

El contenido del injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas. Pertenecen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, la consideración sería de este peligro por parte del autor²⁴.

B. Culpa.- El análisis de los delitos culposos es diferente en la teoría del delito, dado que se tienen que observar diversos criterios para calificar un delito culposo. En primer lugar debemos decir que, el Código Penal tiene un sistema de números clausus respecto de los delitos culposos: de conformidad con el art. 12, el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley. Se debe recalcar, como señala nuestro Código Penal, que no existe la responsabilidad penal objetiva, de conformidad con el art. VII del TP del C.P.

Se deben observar los siguientes criterios:

B.1. Deber objetivo de cuidado: se analiza desde criterios objetivos: se debe valorar la conducta realizada por el sujeto desde el punto de vista de un observador imparcial. El cuidado es objetivo, es decir, se ve si el sujeto actuó en el caso concreto con el cuidado requerido por la sociedad (hombre medio). El cuidado es normativo o valorativo, es decir se ve si el comportamiento realizado se adecua a lo establecido por la sociedad, se compara lo realizado por el sujeto y lo que hubiese hecho el hombre medio para ver si coincide: de coincidir, no se puede castigar porque cualquiera hubiese reaccionado de la misma manera; si actuó con una diligencia menor, éste es culposo.

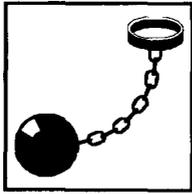
En conclusión, se ve si se fue en contra de las reglas de cuidado normal que se le puede exigir a una persona en esa situación.

B.2. Previsibilidad: Referida al resultado producido: se analiza si con la acción realizada era previsible que se ocasionara el resultado. Es esencial que se haya producido un resultado: no hay tentativa culposa. La previsibilidad debe establecerse en base a la experiencia ordinaria y constante de los individuos en cuanto a las consecuencias causales de los actos humanos y, además, la situación particular del que ha obrado, en relación con el conocimiento de las circunstancias de hecho que rodean al acto.

B.3. El resultado.- No debe ser previsto ni aceptado: la forma esencial de la culpa es aquélla en la cual no se prevé el resultado (culpa inconsciente o sin representación); pero también es culpa la representación del resultado con un rechazo de éste, es la situación en la que uno prevé un resul-

23 Bramont-Arias, Luis Alberto - Bramont-Arias Torres, Luis Alberto. "Código penal anotado". Lima, editorial San Marcos, 1995. pp. 141.

24 Jescheck, Hans-Heinrich. Op.cit. pp. 269.



PENAL

tado como posible pero considera que es capaz de evitarlo, es decir cree poder llegar a evitar que el resultado se produzca (culpa consciente o con representación).

Debe haber un vínculo entre la acción y el resultado, una relación de causalidad; en el caso de los delitos culposos se aplica la equivalencia de condiciones (toda causa es condición de un resultado) y se debe ver también la imputación objetiva.

B.4. Parte subjetiva de la culpa: en ciertos casos se debe ver si el sujeto tiene un conocimiento especial sobre las circunstancias, el cual lo hace responsable de su actuar. Un ejemplo claro de esto se presenta en el caso del médico que somete a un paciente a una operación, y el paciente muere; esto aunque sea previsible no es suficiente, se debe ver si el médico actuó cumpliendo todas las reglas de conducta que le impone realizar una operación.

Finalmente, existe un delito culposo cuando se ha dado una falta al deber objetivo de cuidado, lo que ha producido un resultado que era previsible.

C. Elementos subjetivos del tipo: en algunos casos al dolo se le suman lo que conocemos como los elementos subjetivos del tipo, que son también componentes de la acción típica, en tanto que detallan en forma más específica la voluntad del sujeto. Por tanto, de no cumplirse la acción se vuelve atípica. Generalizando se podría decir, según Mir Puig²⁵, que los elementos subjetivos del tipo son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización.

No todos los componentes de un precepto penal que descubren factores anímicos son elementos subjetivos del tipo, se debe distinguir entre éstos y los elementos del tipo de culpabilidad²⁶. Para distinguirlos se debe tener en cuenta los conceptos de injusto y culpabilidad. Los elementos subjetivos de un precepto penal únicamente interesan en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del autor en tanto afectan la forma de realización del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico (v.gr. art. 185: hurto, en este caso el elemento subjetivo sería la búsqueda del provecho). Constituyen por el contrario elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que se refieren a la formación de la voluntad del sujeto, en cuanto ubican la actitud interna de éste (estrecha relación con la imputabilidad), de la que nace la decisión del hecho (v.gr. art. 109: homicidio por emoción violenta).

D. El error de tipo: el error de tipo surge cuando se desconoce alguno de los elementos que constituyen el tipo objetivo. De manera que ocurre error sobre el tipo, de acuerdo con la primera parte del art. 14 del Código Penal, cuando en la comisión del hecho se desconoce: "un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrava la pena". Con el término elemento, se alude a los que conforman la tipicidad objetiva del tipo legal (elementos referentes al autor, elementos referentes a la acción, al bien jurídico, elementos descriptivos y normativos, la causalidad).

El tratamiento sobre el error de tipo, reitera Jescheck, "descansa en un sencillo principio fundamental", a saber: "puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo"²⁷. Ahora bien: si el error citado fuese vencible, des-

aparecería el dolo pero se sancionaría a título de culpa la responsabilidad penal. Tal como señala Muñoz Conde²⁸:

"...El autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente."

Por ejemplo, Miguel, que estaba de caza en un lugar donde se encontraba permitido realizar dicha actividad, dispara sobre Juan —que regresaba de una fiesta de disfraces vestido como un oso—; Miguel mata a Juan creyendo que es un animal. Dadas las circunstancias en que se produce la acción, surge un error de tipo invencible porque en ningún momento Miguel pudo imaginarse ni representarse que Juan no era un oso. Pero, si la acción se hubiese producido en un lugar donde no se practicase la actividad de caza de animales y que, por el contrario, es usado como lugar de esparcimiento familiar, y pese a esto, Miguel dispara sin tomar ninguna precaución sobre los arbustos que se mueven creyendo que se trataba de un animal y mata a Juan, Miguel responderá por homicidio culposo, dado que se ha presentado un error de tipo vencible ya que, de haber actuado con mayor diligencia, Miguel no habría matado a Juan.

Para sus efectos, el error se divide en *esencial* (que excluye el dolo respecto del objeto al que se afecta), y *no esencial* (que es irrelevante: *error in persona* o el objeto, *aberratio ictus*, error sobre las circunstancias que modifican la pena).

El error esencial, a su vez, se subdivide en vencible (que puede ser eliminado mediante el recurso al esfuerzo de conciencia exigible al sujeto, o sea, que hubiera podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado), e invencible (que no puede ser eliminado con dicho esfuerzo de conciencia, o sea, que no hubiese logrado evitarse ni aplicando la diligencia debida). Al excluir tanto el dolo como la culpa surge la impunidad, pues en el derecho positivo, en general, sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la simple producción de un resultado resulta atípica).

El error de tipo también alcanza a las circunstancias que modifican la pena, como es el error sobre las agravantes al señalar el art. 14 del Código Penal, que el error invencible sobre un elemento que agrava la pena excluye la agravación, por ejemplo, si el agente comete un delito de violación contra un descendiente menor de catorce años (art. 173 del C.P.) Ignorando dicha condición, no podemos aplicar la agravante porque no existe dolo con respecto de esa circunstancia.

Siempre debe tenerse en cuenta si el autor tenía pleno conocimiento de la norma prohibitiva general y del tipo por él realizado. Si lo tenía y su error consistía en el desconocimiento de una causal de justificación existente, se discute arduamente si se debe condenar por delito consumado o por tentativa. Por el contrario, si el autor creía en forma equivocada que su actuar, en realidad no prohibido, lo era efectivamente y que estaba sujeto a sanción, entonces no comete infracción alguna, de tal modo que no llega a plantearse la cuestión de la tipicidad y, con ello, de la penalidad (es un delito putativo). **D&S**

25 Mir Puig, Santiago. Op.cit. pp. 279.

26 Jescheck, Hans-Heinrich. Op.cit. pp. 286.

27 Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de derecho penal - Parte general". Bosch, Bar-

celona, Casa editorial S.A., 1981. pp. 415 y ss.

28 Muñoz Conde. Francisco y García Arán, Mercedes. "Manual de derecho penal - Parte general". Valencia, Tirant lo Blanch, 1993. pp. 252.