

El delito preterintencional no puede constituirse en ausencia de una acción dolosa inicial y de un medio idóneo empleado, en relación al efecto producido e imputado.

Recurso de nulidad interpuesto por don Toribio Raygada en la causa que se sigue contra Felipe Osma, por lesiones. — Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La causa venida a conocimiento de la Corte Suprema es la seguida contra Felipe de Osma Elías a consecuencia del desgraciado accidente en que perdió la vida un joven perteneciente a conocida familia de ésta Capital. En la noche del 31 de mayo de 1941, dos grupos de jóvenes, todos de espectable situación social, bien educados, se reunieron, separadamente: unos para festejar a un camarada que cumplía años y otros para celebrar un aniversario estudiantil; en lugares diferentes. Entre 11 y 12 de la noche, convergieron al Paseo de la República con intención de ingresar al establecimiento conocido con el nombre de "La Cabaña". Toribio Raygada La Hoz formaba parte del grupo que habiendo tomado cocktails y champaña en un establecimiento del Paseo Colón, concurrió después a una comida en El Trocadero. Felipe de Os-

ma Elías que se encontraba delicado de salud no asistió a la comida que en un establecimiento chino tenían sus compañeros de promoción, pero después de tomar sus alimentos en el Hotel Bolívar, se reunió a ellos, limitándose a beber algo de vino al tiempo de los brindis.

Cómo se encontraron al ingresar o pretender ingresar a La Cabaña, está bien detallado en el atestado policial que corre de fs. 2 a 20 y también consta de lo que aparece en la instrucción. Dos frases salidas una de cada grupo, ambas sin mayor importancia: "blanquitos, "colegiales" seguidas de "nada de risitas", determinaron que Raygada, desprendiéndose de sus compañeros, se enfrentara al grupo de Osma que iba con sus amigos: surgió un cambio de palabras. Osma respondió con una bofetada o un golpe de mano, Raygada trastabilló, introdujo los pies en una poza, tropezó contra el árbol en ella existente y cayó de espaldas sobre el borde o sobre el piso de cemento: sufrió una conmoción cerebral: atendido por todos fué conducido a la Asistencia Pública, luego al Hospital Italiano, falleciendo pocas horas después.

Presentada la denuncia de fs. 32, en la que el padre del occiso, don Toribio Raygada, pide la imposición de la pena correspondiente y una reparación civil de setenta mil soles oro (S/ 70,000.00) se siguió la instrucción correspondiente, que elevada con los informes de ley, después de practicadas las nuevas investigaciones ordenadas por el Tribunal Correccional, culminó en la sentencia de fs. 230, en la que por mayoría, se absuelve al inculpado, con el voto singular del

señor Vocal doctor Echevarría en el sentido de que se imponga una pena de dos meses de prisión condicional y la obligación de abonar la cantidad de cinco mil soles oro (S/o. 5,000.00), en favor de los herederos del occiso, suma que el acusado, menor de edad, pagará solidariamente con su padre don Felipe de Osma Porras, considerado tercero responsable.

El Fiscal se pronuncia de acuerdo con los señores Vocales que dictaron la sentencia en mayoría. No hay homicidio preterintencional, como lo califica la denuncia y toda la defensa hecha por la parte civil. Para que esta figura jurídica se considere producida es necesario que los resultados del acto inicial superen a los que fueron queridos y causados por el inculpado. Osma quizo dar un bofetón o una puñada: sólo causó la lesión leve consecucional a su acto; los golpes que siguieron se dieron contra elementos inanimados y la lamentable desgracia de la muerte de Raygada, no se habría producido si en lugar de un hueco hubiera existido una superficie plana. Lo presumible es que el agente no hizo cálculos a este respecto con miras a que su golpe tuviera tales gravísimas repercusiones. Todo lo actuado en la instrucción, incluso las declaraciones de los amigos de Raygada, hacen saber que los protagonistas no se conocían ni de vista; nada había entre ellos que llevara al uno contra el otro; eran jóvenes de buenas familias; bien educados y sólo la especial circunstancia de la euforia efectiva que debió animar a Raygada como consecuencia de las bebidas ingeridas por más de cinco horas, desde los cocktails en el Paseo Colón hasta la comida en El Trocadero

pudo animarlo a tomar actitud ofensiva que Osma repelió. Esa misma situación especial le quitó seguramente la resistencia física ordinaria, poniéndolo en condiciones de inestabilidad. El licor no fué ingerido en cantidad normal: se trataba de una fiesta de camaradería que iba a continuar en La Cabaña. De ello no se puede considerar culpable a Osma, ni éste escogió el sitio en donde había de presentarse el incidente: tampoco lo hizo Raygada, pero la existencia del hueco y la posición del árbol le fueron fatales.

El incidente no fué provocado por Osma; y ello se deduce de que fué Raygada quien desprendiéndose de su grupo se enfrentó al otro, sólo vinieron las frases ofensivas, y la reacción se produjo. La misma defensa de la parte civil, en alguna pieza de autos ha calificado el hecho de "fortuito"; y ello es así porque Raygada no cayó por efecto del golpe (bofetada) sino porque quiso evitar ser golpeado, y para prepararse a contestar, y probablemente golpear también; fatalmente dió una pisada en falso dentro de la poza, perdiendo el equilibrio y sufriendo las consecuencias de que se ha hecho mención. Del debate pericial realizado en la audiencia quedó en pié esta verdad: la bofetada o el golpe de puño que Osma dió a Raygada en la región que se indica, no pudo producir lo que en términos deportivos se llama el "nock-out", o sea la pérdida de la conciencia, que sólo sobrevino al sufrir el tercer golpe cuando el cerebro chocó contra una superficie dura como es el borde de la poza o el piso mismo.

Para que haya delito y exista responsabilidad es indispensable que se compruebe la intención, elemen-

to que no se ha encontrado en los actos de Osma, en todo el curso de la instrucción. Tampoco se trata de negligencia porque resulta imposible que hubiera podido prever, a esa hora y en la rapidez con que se presentaron los sucesos, que Raygada tenía que caer, tropezar con el árbol y como vulgarmente se dice, rebotando, precipitarse de espaldas al suelo duro.

Osma tuvo una reacción a las palabras y gestos o actitudes ofensivas de Raygada, y aplicó el bofetón o la puñada en defensa de sí mismo y aún como defensa o protesta de frases o conceptos lesivos a su honor, a que se hace referencia en la instrucción, y aún cuando no hay constancia de que recibiera ofensa de hecho, ello no quita a su actitud el ejercicio de defensa legítima por que no sólo hay ofensas de hecho; también las hay de palabra; algunas de estas pueden ser mucho más graves que aquellas; y no se puede pensar que en tales circunstancias haya reflexión suficiente para contestar en la misma forma, de manera que tampoco se ha de llegar, humanamente, a concluir que se valió de medios superiores, lo que lo colocaría en situación de culpable. No se puede exigir una proporcionalidad matemática en la defensa con relación al ataque.

Un tratadista peruano, Juez del Crimen de esta Capital, el doctor José Viterbo Arias, haciendo la exposición del Código Penal que rigió hasta 1924, decía a este respecto:

“No es dado al hombre prever todas las consecuencias posibles de sus acciones; algunas de ellas son de tal modo remotas que hay necesidad de un

“esfuerzo intelectual para descubrir sus relaciones
“con el acto que les dió origen; y la ley, que no regu-
“la relaciones entre inteligencias infinitas sino entre
“seres de limitado alcance mental no podría imputar-
“les esas consecuencias, aun que importen un quebran-
“tamiento del estado de Derecho, sin cometer una
“verdadera injusticia exigiendo caracteres divinos a
“desventurados mortales”.

Estimo aplicables al caso Osma-Raygada, esos pensamientos del Maestro. Si el primero dió una bofetada al segundo, que no se hallaba en estado suficientemente normal, por efecto del licor ingerido, no puede ser responsable de la pérdida del equilibrio, del traspies dentro del hueco, del golpe contra el árbol y de la conmoción cerebral sufrida por haber chocado al caer contra el borde del piso de cemento.

Como la Moral y el Derecho eximen de toda responsabilidad al que cediendo a impulsos naturales causa daño a quien lo ofende, o se adelanta a evitar que se le hiera, concluyo opinando que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia de fs. 230, por la que el Segundo Tribunal Correccional de Lima, absuelve a Felipe Osma Elías de la acusación a que este dictámen se refiere.

Salvo mejor parecer.

Lima, 14 de noviembre de 1944.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 10 de enero de 1945.

Vistos; de conformidad con el dictámen del señor Fiscal, y considerando: que acaecido el fallecimiento de don Toribio Raygada como consecuencia de la fractura de la bóveda del cráneo con irradiación a la base del mismo, se abrió instrucción comprendiéndose en ella a Felipe de Osma Elías; que si, efectivamente, antecedió al suceso desgraciado en el que Raygada sufrió aquella fractura al caer sobre un sardinel, una disputa a la que siguieron las vías de hecho atribuidas a Osma, no parece evidenciado el nexo causal entre esta acción y aquella otra; que los exámenes médico-legales establecen que la puñada o golpe que propinó Osma a Raygada no causó herida, hemorragia ni fractura de hueso alguno de la cara, dejando solamente una simple equimosis en la región nasogeniano; que en estas circunstancias por el sitio como por la levedad de la equimosis tienen que desecharse las hipótesis que se formulan en el sentido que aquel golpe derribó a Raygada por la conmoción o desmayo que le ocasionó; que al descartar el supuesto incriminatorio surgen como explicación del evento investigado, las condiciones del terreno en que se movió Raygada, para esquivar o rechazar el golpe; que el estudio del sitio en que se desarrolló el suceso descubre una poza u hoyo que rodeaba un árbol que tenía a sus espaldas Raygada, que aparece como determinante

del paso falso que generó la caída o choque contra el sardinel; que en esta forma, rota la cadena causal primitiva u original, viene a continuarla otra que con su carácter fortuito da fisonomía propia al hecho alejándolo de la definición del artículo 167 del Código Penal; que el delito preterintencional efectivamente requiere para su configuración el dolo en su comienzo y la imprudencia en su continuación destruyéndose la concepción de tal delito, cuando examinado objetivamente el medio no aparece como razonablemente idóneo para lograr el fin realmente producido; que faltando el delito como base de sustentación por lo que queda dicho, pues la equimosia importa una simple falta no siendo posible considerar tampoco como imprudencia el propinar un golpe en terreno plano en el que no era visible ningún peligro no es el caso de relacionar la muerte a acto desprovisto de esos factores esenciales: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 230, su fecha 13 de julio último, que absuelve a Felipe de Osma Elías de los hechos materia del juzgamiento; con lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.

**Zavala Loaiza. — Frisancho. — Samanamud. —
Noriega. — Fuentes Aragón.**

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna, Secretario.

Cuaderno No. 1001 de 1944.